Die Auflassung auf Grund eines formlosen Kaufvertrages.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Friedrich Baer

aus München

Rechtspraktikant am Kgl. Landgericht München I.

GAD. LIBRI BAT. BIBL.

Approbiert am 6. Juni 1907.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1907.

62

Referent: Universitäts-Professor Dr. Siber.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

§ 1. Entstehungsgeschichte des § 313 BGB. 1
§ 2. Allgemeines über die Form 10

I. Abschnitt.

Welche Rechtsgeschäfte fallen unter die Formvorschrift des § 313 BGB.

§ 3. Die unter den § 313 fallenden Rechtsgeschäfte 16
§ 4. Verträge, welche nicht eine Verpflichtung zur Grundstücksübereignung enthalten, fallen nicht unter den § 313 . . . 30

II. Abschnitt.

§ 5. In welchem Umfang bedarf der obligatorische Grundstücksveräußerungsvertrag der Form des § 313? 41

III. Abschnitt.

Der formlos geschlossene obligatorische Grundstücksveräußerungsvertrag bis zur Auflassung.

§ 6. Ist die Form des § 313 BGB. nicht beobachtet, so ist der Vertrag bis zur Auflassung und Eintragung nichtig 48
§ 7. Welche Folgen ergeben sich aus dieser Nichtigkeit? . . . 53

IV. Abschnitt.

Heilung des Formmangels.

§ 8. Hat die Heilung rückwirkende Kraft 59
§ 9. Die einzelnen Erfordernisse der Heilung 63

Seite

§ 10. Umfang der heilenden Wirkung der Auflassung und Eintragung 73

§ 11. Ersatz der Auflassungserklärungen durch rechtskräftiges Urteil 79

V. Abschnitt.

§ 12. Die Heilung betrifft lediglich die Nichtigkeit, welche auf Verletzung des § 313 beruht 83

Literaturverzeichnis.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. 1903.

Crome, System des bürgerlichen Rechts. 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches. 2. Aufl. 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Gutbrod, Der obligatorische Grundstücksveräußerungsvertrag. Stuttgart 1904.

Hachenburg, Vorträge aus dem bürgerlichen Recht. 1897.

Hölder, Kommentar zum BGB. a) allgemeiner Teil von Hölder. 1900. b) Recht der Schuldverhältnisse von Schollmeyer. 1900.

Motive und Protokolle zum BGB.

Mugdan und **Falkmann,** Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Neumann, Handausgabe des BGB. 1902.

Dr. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.

Planck, Kommentar zum BGB. 3. Aufl. 1906.

J. A. Seufferts Archiv.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1892.

Staudinger, Kommentar zum BGB. 2. Aufl. 1906.

Turnau und **Förster,** Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen. 1902.

Warneyer, Kommentar zum BGB. 1905.

Windscheid und **Kipp,** Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1907.

Zeitschriften.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, herausgegeben v. Th. v. der Pfordten.
Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltvereins, herausgegeben v. Neumann.
Deutsche Juristenzeitung.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeben v. Dr. Soergel.

Die Abkürzungen entsprechen den Vorschlägen des „Deutschen Juristentags für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken“ (Berlin 1905. Guttentagsche Verlagsbuchhandlung).

Einleitung.

§ 1.

Entstehung des § 313 BGB.

Schon vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestand im größten Teil des jetzigen Deutschen Reichs das Prinzip der Formfreiheit der Rechtsgeschäfte.

Einen abweichenden Standpunkt nahm das preuß. ALR. I, 4 § 94, I, 5 § 109 ein. Zwar machte es die Beobachtung einer Form nicht zur Bedingung für die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte schlechthin, sondern verlangte eine besondere Form in bestimmten, durch das Gesetz bezeichneten Fällen. Diese waren jedoch so zahlreich, daß die Formlosigkeit zur Ausnahme wurde und das Formerfordernis tatsächlich die Regel bildete. So blieb es auch bis zum 1. 1. 1900, wenn auch durch die neuere preußische Gesetzgebung (z. B. Gesetz v. 11. 12. 1845, 1. 12. 1869 u. a.) manche Formvorschriften des allgem. Landrechts abgestreift wurden.

Indirekt huldigte auch das französiche Recht dem Prinzip des Formzwangs. Es machte nämlich der Regel nach die Beweisbarkeit der Rechtsgeschäfte von höherem Wert von der Einhaltung einer besonderen Form abhängig und nötigte so zur Einhaltung der Form (code civil art. 1341 ff., 1353, 1715, 1834, 1923, 1925, 2044, 2085).

So sehr man auch sonst dem Prinzip der Formfreiheit im allgemeinen den Vorzug gab, so konnte man sich doch nicht der Erkenntnis verschließen, daß eine ausnahmslose Durchführung dieses Grundsatzes eine Gefährdung der Rechtssicherheit bedeuten würde. Schon Savigny[1]) und Jhering,[2]) zwei der heftigsten Verteidiger der Formfreiheit, stimmten darin überein, daß für die Rechtsgeschäfte auf dem Gebiete des Grundstücksverkehrs, sowohl für dingliche Geschäfte über Immobilien als auch für die diesen kausalen obligatorischen Verträge, die Formenstrenge sehr empfehlenswert sei: „Bei ihnen ist die Bilanz des Formalismus sehr günstig."

Diesen von der Rechtswissenschaft vorgezeichneten und durch das praktische Bedürfnis empfohlenen Weg schlug auch die Partikulargesetzgebung ein.

Das preuß. Landrecht[3]) forderte für alle obligatorischen, auf die Veräußerung von Grundstücken gerichteten Verträge ohne Rücksicht auf den Wert die einfache Schriftform, und zwar in der Weise, daß anders als bei beweglichen Sachen die Formfreiheit durch Erfüllung des Vertrages nicht entbehrlich gemacht wurde.

Das sächs. Gesetzbuch § 822 verlangte einfache Schriftform, jedoch mit Beschränkung auf die Verpflichtung zur Übertragung von Eigentum.

Das württemberg. Gesetz v. 23. 11. 1853 verlangte nur für Kauf- und Tauschverträge über Liegenschaften die einfache Schriftform. Beim Verkauf von Grundstücken im Flächengehalt von mindestens 10 Morgen aus einer Hand

---

[1]) Savigny, Röm. Obligationenrecht 1853 Bd. 2 S. 238ff.

[2]) Jhering, Geist des röm. R. Leipzig 1869, Bd. 2 Abs. 2 S. 465.

[3]) ALR. I, 18 §§ 15ff., I, 5 §§ 135, 136, I, 11 §§ 75, 1065, 1066.

schrieb es Beglaubigung der Urkunde durch gewisse Urkundspersonen vor.

Das bayer. Notariatsgesetz v. 10. 11. 1861 forderte für alle Verträge über Besitzveränderung, Eigentumsübertragung an unbeweglichen Sachen und diesen gleichgeachtete Rechte sowie über dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen in Art. 14 notarielle Form.

Das hessen-darmsädt. Gesetz v. 4. 8. 1871 § 4 verlangte in den Provinzen Starkenburg und Hessen gerichtliche Protokollierung der zur Eigentumsübertragung an Grundstücken verpflichtende Verträge.

Das war der Stand der Partikulargesetzgebung als man darin ging, für ganz Deutschland ein einheitliches Obligationenrecht zu schaffen. Während der Dresdner Entwurf in seinem Art. 76 von einer Regelung der Immobiliarveräußerungsverträge ganz absehen und der Partikulargesetzgebung überlassen wollte, zog das Bürgerliche Gesetzbuch diese Materie von Anfang an in seinen Bereich. Der erste Entwurf, dessen Obligationenrecht auf dem Dresdner Entwurf beruhte, bestimmte in § 351 Abs. 1, daß der Vertrag, durch welchen sich jemand zur Übertragung von Grundeigentum verpflichtet, der gerichtlichen oder notariellen Form bedarf. Diese Bestimmung traf man mit Rücksicht auf die soziale Bedeutung des Grundeigentums. Denn der Grundbesitz — so führen die Motive in Bd. 2 S. 189—191 aus — ist die natürliche Grundlage für die Seßhaftigkeit der Völker und verdient schon deshalb der ihm zuteil werdenden besonderen Rücksicht auch in der Beziehung, daß die Veräußerung nicht leicht zu nehmen ist. Der Grundbesitz ist außerdem für die Lebensstellung und den Beruf des Eigentümers in der Weise von Bedeutung, daß die Veräußerung, selbst wenn sie unter

günstigen Bedingungen erfolgt, mit dem Umtausch anderer Vermögensgegenstände nicht auf eine Linie gestellt werden kann; dazu kommt, daß jedes Grundeigentum mit einer Reihe von Rechtsverhältnissen zusammenhängt, welche wegen der Unvergänglichkeit des Grundeigentums von weitaussehender Dauer sind, so daß also auch die Veräußerung und der Erwerb eine besondere Vorsicht erfordern, wenn nicht für die Vertragschließenden erhebliche Schwierigkeiten zu befürchten sein sollen.

Gegen die Berechtigung dieser Formvorschrift erhob sich eine lebhafte Opposition. Streit bestand hauptsächlich über folgende Punkte:

1. Welcher Form der Vorzug gebühre; ob der einfachen Schriftlichkeit oder der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

Zugunsten der einfachen Schriftlichkeit machte man insbesondere geltend: diese Form gewähre im allgemeinen eine genügende Garantie für die Ernstlichkeit der Erklärung und für deren Übereinstimmung mit dem Willen des Erklärenden. Soweit die privatschriftliche Urkunde an Ungenauigkeiten oder an Unvollständigkeit des Inhalts leiden sollte, biete die Auflassung Gelegenheit zur Klarstellung und Ergänzung mit Hilfe des Grundbuchrichters. Die schriftliche Form gebe auch einen hinreichenden Schutz vor Übereilung, weil der Bauer, um dessen Schutz es sich in erster Linie handle, im allgemeinen sehr vorsichtig mit der Abgabe seiner Unterschrift sei. Gegen die sogen. Wirtshausgeschäfte werde auch die gerichtliche oder notarielle Form nur selten helfen können, weil der Schwerpunkt doch immer in dem mündlichen Abschluß liegen und der Bauer, der einmal sein Wort gegeben, hinterher auch den formellen Abschluß nicht versagen werde.

Um dieser seltenen Fälle willen dürfe man nicht eine Regel geben, welche dem gesamten Grundstücksverkehr schwere Fesseln auferlege und auch die Gefahr einer Verletzung von Treu und Glauben mit sich bringe.

Dieser Abänderungsvorschlag wurde aber von der zweiten Kommission abgelehnt; denn die gerichtliche oder notarielle Form biete immer noch eine größere Gewähr für die Vollständigkeit der Urkunde als die rein privatschriftliche Form. Vor letzterer habe sie außerdem den Vorzug, daß sie eine richtigere und verständlichere Abfassung gewährleiste und damit zur Vermeidung von Streit und Prozessen beitrage. Auf eine Ergänzung oder Klarstellung des schriftlich eingereichten Vertrags durch Vermittlung des Grundbuchrichters dürfe man nicht rechnen. Andererseits habe die einfache Schriftform da, wo sie bestehe, den bezweckten Schutz der weniger gewandten Bevölkerung gegen übereilte Käufe und Verkäufe nicht erreicht, wie die in Preußen, Sachsen und Württemberg gemachten Erfahrungen beweisen. Die Zersplitterung des Grund und Bodens durch parzellierende Güterschlächter, insbesondere im Wege der Wirtshausgeschäfte, sei durch die Schriftform nirgends gehindert worden. Letztere könne auch einen ausreichenden Schutz gegen Übereilung nicht gewähren. Tinte und Feder seien leicht zur Hand, die Unterschrift des Bauern genüge zur Vollendung des schriftlichen Vertrags, dessen Entwurf vom Güterhändler in Eile hergestellt oder bereits in der Tasche mitgebracht werde. Durch den Gang zu Gericht oder Notar werde dagegen dem Bauer der Ernst der Sachlage klargemacht und eine wohltätige Überlegungsfrist gegeben. Wirtshausgeschäfte seien ausgeschlossen. Eine unerträgliche Erschwerung des Grundstücksverkehrs sei von der strengeren Form nicht zu be-

fürchten. Bei wertvolleren Grundstücken sei schon jetzt auch da, wo gesetzlich nur die Schriftform vorgeschrieben sei, die gerichtliche oder notarielle Beurkundung die Regel.

Auch in der Reichstagskommission wurde dieser Abänderungsvorschlag zu § 351 des 1. Entw. abgelehnt.

2. Ein anderer Vorschlag ging auf Ausdehnung des Formzwangs auf Verträge über dingliche Rechte jeder Art an Grundstücken. Hierfür machte man geltend, daß diese Rechte in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung dem Eigentum sehr nahestehen und daher die Konsequenz die Ausdehnung der Formvorschrift auf sie erfordere. Während die einen an dem Erfordernis der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung festhalten wollten, befürworteten andere mit Rücksicht darauf, daß die Ausdehnung dieser strengen Form auf alle Arten dieser Verträge nicht durchführbar sein werde, den Mittelweg, hier die schriftliche Form genügen zu lassen.

Die Kommission lehnte jedoch alle diese Anträge ab. Sie erkannte ein Bedürfnis für diese Ausdehnung nicht an, weil hier die Formalisierung des dinglichen Vertrages genüge.

3. Ferner bestand Streit darüber, welche Wirkung das dingliche Erfüllungsgeschäft, die Auflassung, für das formlos geschlossene Kausalgeschäft habe.

Ist für ein Rechtsgeschäft eine bestimmte Form vorgeschrieben, so ist das Geschäft vor Vollendung der Form nicht geschlossen.

Es wäre also die logische Folge, daß der formlose obligatorische Grundstücksveräußerungsvertrag nichtig ist und nichtig bleibt, so daß das auf Grund dieses Vertrages Geleistete nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden könnte.

Dies erachtete man als eine für den Grundstücksverkehr

höchst unpraktische und lästige Konsequenz. Abgesehen davon, daß es Dunkelheiten mit sich bringe, insbesondere den Grundbuchrichter leicht zu dem Mißverständnis veranlassen könnte, als dürfe er ohne Vorlegung des Vertrages die Auflassung nicht entgegennehmen, führe es zu weit, daß hiernach bei vollzogener Übertragung des Eigentums unter Umständen noch 30 Jahre lang kondiziert werden könnte. Das an einigen Orten bei mangelnder Form bestehende Rücktritts- oder Reurecht genüge nicht. Die Verbindung eines solchen Rechtes mit dem Mangel der Form hätte im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs etwas durchaus Exzeptionelles. Vor allem aber wäre seine Gestaltung keineswegs einfach.

„Klar und einfach und für den durch die Form erstrebten Zweck genügend wird die Wirkung dahin bestimmt, daß der für sich allein infolge Formmangels nichtige Vertrag durch die nachfolgende Übertragung des Eigentums, d. h. Auflassung des Erwerbers ins Grundbuch gültig wird. Hierdurch ist jede Schwierigkeit einer späteren Rückforderung ausgeschlossen und doch die Rücksicht auf wohlüberlegtes, alle Verhältnisse berücksichtigendes Handeln gewährleistet."

Daher bestimmte § 351 des 1. Entw. in seinem Satz 2:

„Auch ohne Beobachtung dieser Form erlangt der Vertrag seinem ganzen Inhalt nach Gültigkeit, wenn die Auflassung und Eintragung im Grundbuch erfolgt ist."

Für die Streichung dieses zweiten Satzes machte man in der Reichstagskommission in 2. Lesung geltend: Durch diesen Satz 2 werde die Erreichung der mit der Formvorschrift des Satzes 1 ins Auge gefaßten Zwecke wieder vereitelt, weil in sehr vielen Fällen mit Rücksicht auf Kosten und Zeitverlust die Abfassung einer gültigen Vertragsurkunde unterbleiben werde. Der Zweck, durch die gerichtliche oder

notarielle Urkunde eine möglichst zuverlässige und vollständige Grundlage für die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien zu gewährleisten, gehe verloren, wenn der mündliche oder private Vertrag mit allen seinen Mängeln durch Auflassung und Eintragung gültig werden solle.

Der Satz 2 vereitle ferner die aus nationalökonomischen und sozialpolitischen Gründen mit der Vorschrift des Satzes 1 angestrebte Erschwerung der Grundstücksveräußerung. Die Auflassung biete auch, abgesehen von Wirtshausgeschäften, keinen genügenden Schutz gegen Übereilung. Die Gefahr für den Bauern bestehe in seiner geschäftlichen Ungewandtheit, zu deren Ausbeutung der Satz 2 eine bequeme Handhabe biete. Sie bestehe nicht nur darin, daß er nicht genug überlege, ob er überhaupt kaufen oder verkaufen solle, sondern vor allem auch darin, daß er das Grundstück zu unüberlegten Bedingungen erwerbe. Hingegen schütze ihn weder die kurze Überlegungsfrist zwischen dem mündlichen Vertrag und der Auflassung noch der Vorgang bei letzterer selbst, da der Grundbuchrichter nur die formalen Voraussetzungen der Auflassung zu prüfen habe.

Die Streichung des Satzes 2 entspreche auch der Rechtskonsequenz. Sie führe weder zu einer Rechtsunsicherheit noch zu unbilligen Ergebnissen. Der obligatorische Vertrag bleibe nichtig, der dingliche sei trotzdem gültig; der Veräußerer habe gegenüber dem Erwerber die Kondiktion, ein Ergebnis, welches nach dem Entwurf überall da eintrete, wo der dingliche Vertrag gültig abgeschlossen sei, während es dem obligatorischen Geschäft aus irgend einem Grunde an der Gültigkeit ermangle. Daß der Veräußerer auf den Bereicherungsanspruch beschränkt sei, und obgleich er sein Eigentum verloren habe, den Kaufpreis nicht einklagen könne,

sei die notwendige Folge des Formzwangs. Daß der Erwerber noch 30 Jahre lang die Kondiktion bedrohe, sei nicht ungerecht gegen ihn, weil er sich durch Wahrung der Form dagegen hätte schützen können.

Die Mehrheit der Kommission sprach sich dagegen für die Beibehaltung des Satzes 2 aus. Denn der Satz 2 bilde eine unentbehrliche Ergänzung des Satzes 1, wenn auch die juristische Konsequenz zur Streichung führen würde. Indessen sei es mit der Rechtssicherheit unvereinbar, diese Konsequenz zu ziehen und dem Verkäufer während der Verjährungsfrist den Kondiktionsanspruch und damit das Recht zuzugestehen, auf Kosten des Erwerbers zu spekulieren. Die Trennung des dinglichen Vertrages von der ihm zugrunde liegenden obligatorischen causa sei immerhin ein Produkt des positiven Rechts. Der Satz 2 vermeide es daher mit Recht, diese dem Leben fremde Trennung zu übertreiben. Mit Rücksicht auf Treu und Glauben würde es in Widerspruch stehen, wenn trotz Gültigkeit des dinglichen Vertrages der obligatorische Vertrag auch dann ungültig bleiben sollte, wenn seine Erfüllung sich unter Mitwirkung des Grundbuchrichters vollzogen hätte. Ein solcher Widerspruch zwischen dem materiellen und formellen Rechte müßte besonders bedenklich erscheinen für solche Rechtsgebiete, in denen bisher Formfreiheit bestanden habe und deshalb namentlich in der Übergangszeit häufig die Form werde verabsäumt werden. Auch darin diene der Satz 2 der Rechtssicherheit, daß er den neben oder nach dem Vertrag getroffenen nicht formgerechten Abreden zur Gültigkeit verhelfe und damit die vielen Zweifel beseitige, welche sich sonst über deren Gültigkeit erheben würden.

Auch komme in Betracht, daß aus der entsprechenden Regelung im § 10 des preuß. Gesetzes über den Eigentums-

erwerb vom 5. 5. 1872 Unzuträglichkeiten nicht entstanden seien, so daß sich erwarten lasse, daß auch der Abs. 2 in der Praxis sich bewähren und die befürchteten Gefahren nicht mit sich bringen werde.

Das Plenum des Reichstages passierte die Bestimmung des § 351 des 1. Entw. ohne Beanstandung und fand so im Bürgerlichen Gesetzbuch Aufnahme als § 313:

„Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalt nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen."

§ 2.

Allgemeines über die in § 313 BGB. vorgeschriebene Form.

I. Die Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung von Verträgen kommt im Bürgerlichen Gesetzbuch in zwei Unterarten vor:

1. Als Abschluß des Vertrags vor Gericht oder Notar (§§ 925, 1015, 1434, 1750, 1770, 2276, 2290). In diesen Fällen müssen die Kontrahenten bei gleichzeitiger Anwesenheit ihren Vertragswillen vor Gericht oder Notar erklären.

2. Als Beurkundung des Geschäfts vor Gericht oder Notar. Diese Form genügt in allen Fällen, in denen das Gesetz gerichtliche oder notarielle Beurkundungen vorschreibt, ohne gleichzeitige Anwesenheit beider Teile zu verlangen; so auch im § 313 BGB. Hier genügt es, wenn zunächst der Antrag und sodann die Annahme besonders gerichtlich oder notariell beurkundet wird. Ein gleichzeitiges Erscheinen der

Parteien vor der Urkundsperson ist also in diesen Fällen nicht erforderlich: es können die erforderlichen Erklärungen zeitlich getrennt vor verschiedenen Urkundspersonen und in verschiedenen Urkunden abgegeben werden. Der Antrag kann z. B. vor einem Gericht, die Annahme vor einem Notar erklärt werden.

Beispiel: Ein Münchner verkauft sein in München gelegenes Grundstück an den Angehörigen eines Bundesstaats, nach dessen Gesetzen nur die Gerichte zur Beurkundung solcher Verträge zuständig sind. Der Verkäufer läßt also seinen Antrag notariell, der Käufer die Annahme gerichtlich beurkunden.

II. Über den Zeitpunkt, in dem der Vertrag zustandekommt, ist zu erwähnen:

Der § 128 BGB. regelt nur die Form der Angebots- und Annahmeerklärungen. Er schweigt dagegen von den weiteren Umständen, welche erforderlich sind, um auf Grund der Erklärungen einen Vertrag zustande zu bringen, nämlich von dem Austausch der Erklärungen unter den Parteien. Es beweisen also die das Angebot und die Annahme enthaltenden Urkunden nur, daß Erklärungen dieses Inhalts abgegeben worden sind, nicht aber daß ein Vertrag wirklich zustande kam.

Bei getrennter Protokollierung von Antrag und Annahme ist der Vertrag stets ein Vertrag unter Abwesenden. Es muß sich also, soweit nicht besondere Bestimmungen bestehen, das Zugehen der Willenserklärungen und das Zustandekommen des Vertrags nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen richten, insbesondere nach § 130 BGB. Diese allgemeinen Sätze gelten jedoch nur für das Angebot. Ein gültiges Angebot liegt also nur dann vor, wenn das notarielle Protokoll

über dasselbe dem Gegner „zugegangen“ ist; es genügt also, wie allgemein anerkannt, die Möglichkeit der Kenntnisnahme unter normalen Verhältnissen. Der Antrag ist dem Gegner sogar dann zugegangen, wenn er im Einverständnis mit dem Erklärenden von dem Protokoll Kenntnis erlangt hat.

Für die Annahme dagegen ist in § 152 BGB. eine Abweichung von dem Grundsatz, daß lediglich eine zugegangene Willenserklärung wirksam ist, für den Fall vorgesehen, daß der Vertrag zwischen Abwesenden geschlossen wird. Danach ist ein gerichtlicher oder notarieller Vertrag schon mit der Beurkundung der Annahme abgeschlossen. Mit der Protokollierung der Annahme sind beide Teile gebunden; es wird nicht gefordert, daß die protokollierte Annahmeerklärung dem Antragsteller übermittelt oder daß diesem überhaupt eine Mitteilung davon gemacht werde.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß eine Anwendung des § 147 Abs. 2 BGB., wonach der Antragsteller an seinen einem Abwesenden gemachten Antrag nur so lange gebunden ist, als er den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf, ausgeschlossen ist. Denn diese Bestimmung des Gesetzes setzt ein Zugehen der Annahme voraus. Für die Frage, wie lange der Antragsteller gebunden ist, binnen welcher Zeit die Annahme erfolgen muß, ist im Fall der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung des Vertrags in erster Linie der Wille des Antragstellers entscheidend, mag er nun in dem Protokoll ausdrücklich festgelegt sein oder im Wege der Auslegung aus demselben ermittelt werden. Hierbei wird eine auf Treu und Glauben und auf die Verkehrssitte sich stützende Auslegung zu dem Ergebnis führen, daß der Antragsteller nur so lange gebunden sein will, als der Antragsempfänger braucht, um bei möglichster Beschleunigung

die Protokollierung der Annahme herbeizuführen. Hierbei wird im konkreten Fall die mehr oder minder leichte Zugänglichkeit der Urkundsperson in Betracht zu ziehen sein (Gutbrod S. 18).[1])

III. Was die Zuständigkeit zur Vornahme der in § 313 BGB. vorgeschriebenen Beurkundung anlangt, so sind hierzu nach Reichsrecht sowohl die Notare als auch die Gerichte zuständig. In seinem Einführungsgesetz hat jedoch das Bürgerliche Gesetzbuch der Landesgesetzgebung die Befugnis eingeräumt, hiervon abweichende Bestimmungen zu treffen.

1. So gestattet Art. 141 EG. z. BGB., daß die Landesgesetzgebung die alternative Zuständigkeit der beiden Organe (Gericht oder Notar) beschränkt und ausschließlich gerichtliche oder ausschließlich notarielle Zuständigkeit für die Beurkundung von Rechtsgeschäften vorschreibt. Von dieser Befugnis hat unter anderem auch Bayern in seinem Art. 167 AG. z. BGB. Gebrauch gemacht. Dagegen kann die Landesgesetzgebung nicht bestimmen, daß eine Urkunde, welche in einem anderen Bundesstaat, in dem sowohl Gerichte als auch Notare zuständig sind, errichtet ist, in dem Gebiete des die Zuständigkeit beschränkenden Bundesstaats ungültig sei.

2. Andererseits kann der Kreis der Behörden, welche für die Beurkundung der in § 313 bezeichneten Verträge zuständig sind, durch die Landesgesetzgebung gemäß Art. 142 EG. z. BGB. erweitert werden. Nach dieser Bestimmung bleiben nämlich diejenigen landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, welche in Ansehung der in dem Gebiete des Bundesstaats liegenden Grundstücke bestimmen, daß für die

---

[1]) Neumann I § 152 Nr. 1; Rehbein, BGB. Bd. 1 S. 223; RG. 49 S. 132.

Beurkundung des im § 313 BGB. bezeichneten Vertrages sowie für die nach § 873 Abs. 2 BGB. zur Bindung der Beteiligten erforderliche Beurkundung der Erklärungen außer den Gerichten und Notaren auch andere Behörden und Beamte zuständig sind (vgl. für Bayern Art. 26 AG. z. ZPO.). Diese Bestimmung des Art. 142 EG. z. BGB. ist dahin zu verstehen, daß das Landesgesetz nicht nur andere Urkundspersonen bestimmen, sondern auch Vorschriften aufstellen kann, die eine andere Art der Beurkundung bestimmen als die, welche durch das FGG. §§ 168—180 vorgesehen ist. Sind aber in dem betr. Landesgesetz keine positiven Festsetzungen über die Art der Beurkundung getroffen, so muß die Urkundsperson die Bestimmungen des FGG. §§ 168—180 beobachten (Gutbrod S. 24 Anm. 1).

Aber auch das Reichsgesetz trifft positive Ausnahmen von der Regel des § 313, indem es für bestimmte Fälle die Beurkundung durch andere Behörden zuläßt, nämlich für die Fälle, in denen die obligatorischen Liegenschaftsveräußerungen die Bestandteile eines besonderen Verfahrens bilden. Hierher gehört:

1. Das amtliche Nachlaßauseinandersetzungsverfahren. Das FGG. §§ 91, 93 legt den Akt der Beurkundung hinsichtlich aller im Laufe der Nachlaßauseinandersetzung vor dem Nachlaßgericht getroffenen Vereinbarungen über die Teilung in die Hand des Nachlaßrichters. Dieser hat die getroffenen Vereinbarungen zu beurkunden und zu bestätigen. Die Protokollierung und rechtskräftige Bestätigung einer vorgängigen Vereinbarung oder der ganzen Auseinandersetzung hat die Wirkung, daß aus ihr die Zwangsvollstreckung stattfindet. Daraus, daß das Gesetz bezüglich der zum Nachlaß gehörenden Grundstücke keine Ausnahme macht, folgt, daß auch

Vereinbarungen, durch welche die Übereignung eines Nachlaßgrundstücks an einen Miterben festgesetzt wird, gültig getroffen werden können, und daß durch die Beurkundung jenes Geschäftes durch den Richter die Form völlig gewahrt wird. Es wird also hierdurch die Form des § 313 ersetzt. Unbedingte Voraussetzung ist aber, daß die Vereinbarung unter den Beteiligten (d. i. unter den Miterben resp. Nacherben oder Erwerbern von Erbteilen) vor dem Nachlaßrichter über ein Nachlaßgrundstück getroffen wird.

2. Ebenso wie vor dem Nachlaßrichter können auch vor dem Prozeßrichter formgültige Liegenschaftsveräußerungsverträge abgeschlossen werden. Hier kommt der Prozeßvergleich in Betracht. Nach der Zivilprozeßordnung kann vor dem Prozeßrichter ein prozeßerledigender Vertrag (Vergleich) geschlossen werden. Es handelt sich hierbei in erster Linie um ein prozessuales Rechtsgeschäft, welches sich in den von der Zivilprozeßordnung vorgeschriebenen Formen zu vollziehen hat (ZPO. §§ 160, 162, 163). Diese ersetzen die Formvorschriften, welche für das Rechtsgeschäft dann vorgeschrieben sind, wenn dasselbe außerhalb des Prozesses abgeschlossen wird. Es gilt dies für alle Rechtsgeschäfte, soweit sich nicht aus ihrer Natur (z. B. der Auflassung) oder einer positiven gesetzlichen Vorschrift ergibt, daß sie überhaupt nicht vor dem Prozeßrichter oder im Vergleichsweg vorgenommen werden können. Da jedoch letzteres für den Liegenschaftsveräußerungsvertrag keineswegs zutrifft, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Form des Prozeßvergleichs die Form des § 313 BGB. völlig ersetzt.

I. Abschnitt.

Welche Rechtsgeschäfte fallen unter die Formvorschrift des § 313 BGB.?

§ 3.

Die unter § 313 fallenden Rechtsgeschäfte.

A. Im allgemeinen.

Aus dem Worte „Vertrag“ in § 313 BGB. folgt:

1. Wesentliches Erfordernis für die Anwendbarkeit des § 313 BGB. ist, daß als Verpflichtungsgrund für die Grundstücksübereignung ein Vertrag vorliegt. Es fallen also nicht in den Rahmen des § 313 BGB. diejenigen Rechtsgeschäfte, welche zwar eine Verpflichtung zur Grundstücksübereignung enthalten, die aber keine Verträge sind. Hierher gehören z. B. die Auslobung, die Schuldverschreibung auf den Inhaber. (In der Praxis wird aber eine Verpflichtung zur Grundstücksübereignung niemals in Form einer Schuldverschreibung auf den Inhaber oder in Form einer Auslobung vorkommen). Ferner gehört hierher das Stiftungsgeschäft (§ 80 BGB.), das Vermächtnis und die Schenkung auf den Todesfall. Wenn es sich um eine solche Schenkung handelt, kann also die Verpflichtung zur Grundstücksübereignung in einer privatschriftlichen Urkunde, welche den Vorschriften des holographischen Testamentes entspricht, enthalten sein (§ 2301 BGB.).

Besonderer Hervorhebung bedarf hier noch die Frage, ob der von einem Testamentsvollstrecker aufgestellte Aus-

einandersetzungsplan der Form des § 313 BGB. bedarf, wenn nach diesem Plan ein Miterbe ein Nachlaßgrundstück übernehmen soll, oder wenn in dem Teilungsplan die ideelle oder reelle Aufteilung eines Grundstücks unter die Miterben vorgesehen ist.

Aus dem Wesen des Auseinandersetzungsplanes und der Stellung des Testamentsvollstreckers im Bürgerlichen Gesetzbuch ergibt sich die Verneinung dieser Frage.

Nach § 2204 BGB. hat der Testamentsvollstrecker beim Vorhandensein mehrerer Erben das Recht und die Pflicht, den Nachlaß zwischen den Miterben nach Maßgabe der §§ 2042—2056 auseinanderzusetzen. Das Gesetz räumt dem Testamentsvollstrecker keinerlei Adjudikationsbefugnis in der Richtung ein, daß er einem Miterben wider dessen Willen und ohne dessen Mitwirkung ein Nachlaßgrundstück übereignen könnte (Prot. V S. 274, 7075 ff.; Kreß, Die Erbengemeinschaft § 23 S. 255 OLG. II S. 42 und Gutbrod S. 89). Vielmehr bedarf es wie bei jeder freiwilligen Veräußerung der Auflassung von seiten des Vollstreckers an den Miterben. Die Grundlage für derartige Veräußerungen bildet der Teilungsplan, welchen der Testamentsvollstreker herzustellen und durchzuführen hat. Der Testamentsvollstrecker ist dabei an die Anordnungen des Erblassers bezw. in Ermanglung solcher an die gesetzlichen Teilungsvorschriften gebunden. Er hat also alle diejenigen Maßregeln durchzuführen, die sonst den Miterben auf Grund ihrer Auseinandersetzungsverpflichtung obliegen. Entspricht der Teilungsplan diesen Erfordernissen, so bindet er die Erben. Die Erben können sich demselben nicht widersetzen, und es ist das Recht und die Pflicht des Vollstreckers, den Plan sogar gegen den Willen der Erben durchzuführen, event. sogar die Erben nach Maßgabe des Planes auf Erfüllung der ihnen

in demselben auferlegten Pflichten zu verklagen (Gutbrod S. 89).

Der Auseinandersetzungsplan stellt sich also dar als ein einseitiges, für die Erben verbindliches Rechtsgeschäft. Von einer Anwendung des § 313 BGB. kann also hier keine Rede sein, wenn in dem Plan einem Miterben der Anspruch auf den Erwerb von Grundeigentum gemäß den Anordnungen des Erblassers oder den gesetzlichen Teilungsvorschriften zugeteilt wird.

2. Weiter folgt aus dem Worte „Vertrag" in § 313 BGB., daß sowohl der Antrag als auch die Annahme desselben protokolliert werden muß. Dadurch unterscheidet sich der Grundstücksveräußerungsvertrag von einer anderen im Bürgerlichen Gesetzbuch aufgestellten Gruppe von Verträgen, bei denen lediglich das Versprechen, nicht aber die Annahme desselben der notariellen Form bedarf. Hierher gehört beispielsweise das Schenkungsversprechen (§ 518 BGB.).

Vor Beurkundung des Antrags auf Abschluß eines Grundstücksveräußerungsvertrags ist der Antragsteller nicht gebunden. Nimmt jemand den formlosen Antrag in notariell beurkundeter Erklärung an, so ist die Vorschrift des § 313 nicht beobachtet, denn es ist nur die Annahme, nicht aber der ganze Vertrag formgültig. Das Ausbieten eines Grundstücks zum Kauf, z. B. in einer Zeitung, hat bloß die Bedeutung einer Aufforderung, Angebote zu machen, ist aber begrifflich kein Antrag und bedarf daher keiner Form.

Ebenso muß auch die Annahme in der angegebenen Form erklärt werden, um den Vertrag zum Entstehen zu bringen. Die Annahme kann also bei Grundstücksveräußerungsverträgen nicht mündlich oder privatschriftlich oder gar stillschweigend durch konkludente Handlungen erfolgen. Als stillschweigende

Annahme käme vor allem die Vornahme einer Erfüllungshandlung in Betracht, in der der Annahmewille zutage tritt. Derartige Handlungen, z. B. die Zahlung des Kaufpreises oder die Übergabe des veräußerten Grundstücks, können den gewollten obligatorischen Vertrag nicht zur Entstehung bringen.

Diese Form des § 313 BGB. muß bei obligatorischen Grundstücksveräußerungsverträgen zum mindesten beobachtet werden. Auch wenn das Gesetz für ein Rechtsgeschäft eine mildere Form, z. B. Schriftlichkeit wie beim Schuldsprechen oder Schuldanerkenntnis genügen läßt, so muß doch, wenn in einem solchen Vertrag die Übereignung eines Grundstücks versprochen wird, die Form des § 313 BGB. gewahrt werden.

Enthält andererseits ein Vertrag, für dessen Wirksamkeit das Gesetz simultane Beurkundung verlangt, z. B. der Ehevertrag, ein Versprechen zur Grundstücksübereignung, so wird durch die Beobachtung dieser strengeren Form auch der milderen Form des § 313 genügt. Hierher gehört auch der Ehevertrag, in welchem die in Errungenschaftsgemeinschaft lebenden Ehegatten bestimmen, daß das eingebrachte Grundstück eines Ehegatten in das eingebrachte Gut des andern übergehen oder Gesamtgut werden solle. (Vorausgesetzt natürlich, daß man mit der herrschenden Lehre annimmt, daß letztere Verträge keine dingliche Wirkung haben.)

B. Spezielle Fälle.

1. Der regelmäßige Fall der Eigentumsübertragung an Grundstücken ist die Auflassung und Eintragung. Der § 313 findet aber auch dann Anwendung, wenn nach Vereinbarung der Eigentumsübergang durch Vornahme eines Rechtsgeschäfts bewirkt werden soll, welches den

Eigentumsübergang zur gesetzlichen Folge hat. Z. B. mehrere Personen bilden eine Gesellschaft zu gesamter Hand im Sinn des Bürgerlichen Gesetzbuches. Das ihnen gehörende Grundstück ist daher auf die Namen der sämtlichen Gesellschafter unter Angabe des Gesamthandverhältnisses im Grundbuch eingetragen. Der Eigentumsübergang soll nun in folgender Weise bewerkstelligt werden: Der Erwerber verpflichtet sich, in die Gesellschaft einzutreten; die bisherigen Gesellschafter verpflichten sich, bei dessen Eintritt auszutreten. Ist im Gesellschaftsvertrag bestimmt, daß, wenn ein Gesellschafter kündigt, die Gesellschaft unter den übrigen fortbestehen soll, so scheidet der kündigende Gesellschafter unbeschadet des Fortbestandes der Gesellschaft aus. Der Anteil des austretenden Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen geht ohne Übertragung auf die übrigen Gesellschafter über (§ 738 Abs. 1 Satz 1). Gehören also zum Gesellschaftsvermögen Rechte, die auf den Namen der sämtlichen Gesellschafter im Grundbuch eingetragen sind, so wird mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters die Eintragung im Grundbuch unrichtig, so daß die verbleibenden Gesellschafter gegenüber dem Ausgeschiedenen die Berichtigung erzwingen können. Bleibt schließlich von der ganzen Gesellschaft nur ein einziger Gesellschafter übrig, so konsolidiert sich das Gesellschaftsvermögen in seiner Hand. Die Gesellschaft ist dadurch natürlich aufgelöst, da zu einer Gesellschaft mindestens zwei Personen gehören.

2. Auch ein Vorvertrag zu einem Grundstücksveräußerungsvertrag bedarf, um für die Kontrahenten verpflichtend zu sein, der Form des § 313.[1])

[1]) Oertmann S. 313 2C α; Endemann S. 617—618; RG. 53 S. 236, 257, 62 S. 411; Gruchot Bd. 48 S. 1036; Crome Bd. 3 S. 164; Gutbrod § 11.

Die Frage, ob Vorverträge überhaupt möglich sind, ob sie derselben Form bedürfen wie der Hauptvertrag, ist von unserer heutigen Gesetzgebung nicht einheitlich beantwortet.

a) Bei einigen Verträgen ist ein Vorvertrag überhaupt nicht denkbar. So gibt es keine dinglichen Vorverträge zu einem dinglichen Hauptvertrag. Die Einigung (Auflassung § 925 BGB.) ist unmittelbar auf den Eintritt der beabsichtigten Rechtsänderung gerichtet. Die gleiche Richtung müßte eine „Voreinigung" haben; dann wäre sie aber die Einigung selbst und eine nachträgliche Einigung nur eine Wiederholung der vorhergegangenen. Ebenso gibt es keine Vorverträge über dingliche Rechtsgeschäfte; sonst wäre der Vertrag des § 313 Vorvertrag zur Auflassung.

Das Wesen des Vorvertrages besteht gerade darin, daß ein obligatorischer Vertrag zum Abschluß eines anderen obligatorischen Vertrages verpflichtet.

Bezüglich der obligatorischen Verträge ist zu bemerken: Haben sich die Parteien noch nicht über alle Vertragspunkte geeinigt, stellen sich aber ihre Besprechungen nicht lediglich als „Punktationen" dar, sondern wollen sie an die getroffenen Vereinbarungen gebunden sein und die noch offen gelassenen Punkte in der Zukunft ergänzen, so ist anzunehmen, daß bezüglich dieser Punkte die Parteien das billige Ermessen walten lassen wollen und die Ergänzung auf Grund der §§ 315—319 zu erfolgen habe.

In diesem Falle stellt die angebliche Vorverpflichtung schon die endgültige Verpflichtung dar. Die scheinbar nur einen Vorvertrag darstellende Vereinbarung bildet in Wirklichkeit schon den Hauptvertrag. Es wäre ein unnötiger Umweg, wenn die Parteien, die über die wesentlichen Vertragsbedingungen einig sind, sich zunächst nur verpflichten

wollten, demnächst einen Vertrag unter den jetzt schon vereinbarten Bedingungen einzugehen. Man ist daher auch darüber einig, daß ein gegenseitiger Vertrag, der ein pactum de vendendo einerseits und ein pactum de emendo andererseits enthält, ein perfekter Kaufvertrag ist und nicht ein Kaufvorvertrag, „promesse de vente vaut vente".

b) In anderen Fällen, in denen ein Vorvertrag logisch denkbar wäre, ist die Wirkung nicht immer die gleiche. Ist die Wahrung der Form Voraussetzung für die Entstehung besonders gearteter Verbindlichkeiten unter den Parteien (z. B. beim Wechselbegebungsvertrag), so bedarf der Vorvertrag auf Abschluß des formellen Vertrags keiner Form (z. B. der Wechselschluß pactum de cambiando).

Hat dagegen die Nichtbeachtung der Form zur Folge, daß aus einem Vertrag nicht geklagt werden kann, also die gewollten Rechtswirkungen nicht eintreten, so bedarf nach der herrschenden Lehre auch ein Vorvertrag, um verbindlich zu sein, der Form des Hauptvertrages. Eine vorläufige Aufzeichnung eines dem Inhalt nach noch unfertigen Vertrags ist noch kein Vorvertrag, sondern eine Punktation, aus welcher keine Verbindlichkeit entsteht. Selbst wenn es sich um die Aufzeichnung eines dem Inhalt nach völlig vereinbarten, aber noch der erforderlichen Form ermangelnden Vertrages handelt, so kann man doch gegenüber dem Umstand, daß die Beobachtung der Form einen wesentlichen Bestandteil des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes bildet, einer solchen Aufzeichnung nur die Bedeutung einer vorbereitenden Handlung beimessen. Vereinbaren die Parteien, demnächst einen notariellen Kaufvertrag abzuschließen, so kann aus einer solchen Vereinbarung nicht geklagt werden. Wollte man an eine solche Vereinbarung den Anspruch auf Herstellung der Form knüpfen,

so würde damit dem Formerfordernis von selbst die Spitze abgebrochen sein. Das ist der Standpunkt der herrschenden Lehre über die Formbedürftigkeit eines Vorvertrages zu einem formgerechten Grundstücksveräußerungsvertrag.

Wird aber ein Vorvertrag — was in der Praxis wohl nie vorkommen wird — notariell beurkundet, so fragt es sich, ob daraus wirklich eine Verpflichtung zum Abschluß des Hauptvertrages entspringt. Z. B. A verpflichtet sich in der notariellen Urkunde, demnächst sein Grundstück an B formgerecht zu verkaufen.

Hier macht sich wieder der Grundsatz geltend: „promesse de vente vaut vente." Dieser scheinbare Vorvertrag ist ein Hauptvertrag, in dem sich der eine Teil verpflichtet, demnächst sein Grundstück zu veräußern. Gibt man die Richtigkeit dieser Behauptung zu, so erstreckt sich das Formerfordernis, wie unten erörtert werden wird, auf den ganzen Vertrag. Es muß dann also auch der Preis, um den veräußert werden soll, beurkundet werden. Ist ein Haupt- oder Nebenbestandteil des Vertrages nicht formgerecht beurkundet, so ist je nachdem der Vertrag ganz oder teilweise nichtig.

In dem angegebenen Beispiele wird also nur aus dem angeblichen Vorvertrag, wenn sonst nichts beurkundet ist als die Erklärung des A, daß er sich verpflichte, demnächst sein Grundstück zu verkaufen, nicht auf Abschluß eines formgerechten Kaufvertrages geklagt werden können.

In den meisten Fällen wird sich übrigens was scheinbar nur ein notariell beurkundeter Vorvertrag ist, als ein bedingter Hauptvertrag darstellen. Dies zeigt sich am deutlichsten bei dem sogen. Vorkauf.[1])

---

[1]) Gutbrod § 11.

3. Vorkauf.

Kein Geringerer als Dernburg[1]) bezeichnet eine Vereinbarung, durch die ein obligatorisches Vorkaufsrecht begründet wird, als einen Vorvertrag über einen Verkauf. Dieser Ansicht ist aber nicht beizutreten. Der Vorkaufsvertrag ist vielmehr ein suspensiv bedingter Kaufvertrag und fällt aus diesem Grunde unter die Formvorschrift des § 313. Durch einen solchen Vertrag erwirbt der Käufer einen gegenwärtigen Anspruch auf künftige Übertragung des Eigentums. Der Verkäufer verpflichtet sich jetzt schon, sich seines Grundstückes zu entäußern, nur ist der Zeitpunkt der Übereignung noch unbestimmt; er verpflichtet sich, das Eigentum dem Vorkaufsberechtigten zu übertragen, wenn er einen Kaufvertrag über das Grundstück mit einem Dritten abschließen und der Vorkaufsberechtigte von seinem Rechte Gebrauch machen sollte. Es liegt also eine doppelt bedingte Verpflichtung vor. Daß diese Verpflichtung wirklich auf Übertragung des Eigentums geht, ergibt sich aus §§ 505 und 433 BGB. Sie bedarf daher zu ihrer Wirksamkeit der in § 313 vorgeschriebenen Form.[2])

Man wendet dagegen ein:

Der Formzwang des § 313 wolle verhindern, daß jemand aus Leichtsinn und Übereilung durch bloß mündliche Abmachung um Haus und Hof komme. Diese Gefahr liege aber bei dem Vertrage über Einräumung eines Vorkaufsrechtes nicht vor, da dieser ja nicht wirksam werde, bevor nicht ein Kaufvertrag mit einem Dritten abgeschlossen sei, und dieser Vertrag mit dem Dritten unter dem Formzwang stehe.

---

[1]) Dernburg, Bürgerl. R. II, 2 § 196.

[2]) Seufferts Arch. 56 S. 125.

Hier wird aber übersehen, daß der Vertrag über Einräumung eines Vorkaufsrechtes keineswegs dieselben Bedingungen zu enthalten braucht, wie der Kaufvertrag mit dem Dritten. Die Vorschrift des § 505 Abs. 2 ist dispositiver Natur. Es kann der Kaufvertrag mit dem Dritten für den Vorkaufsverpflichteten sehr günstig, dagegen der Kauf, der durch Ausübung des Vorkaufsrechtes zustande kommt, sehr ungünstig sein, wenn nämlich in dem Vertrag über Einräumung des Vorkaufsrechtes besondere Kaufbedingungen vereinbart sind, was den Parteien ja freisteht.

Zu demselben Ergebnis gelangt man, wenn man den Vorkaufsvertrag als einen unwiderruflichen Vertragsantrag auffaßt (Planck zu § 504 BGB.).

Anders dagegen, wenn man in dem Vorkaufsvertrag überhaupt keinen Kaufvertrag erblickt, wie dies das Reichsgericht in Bd. 16 S. 155 tut. Denn: er binde keine Partei, stelle es vielmehr ins freie Belieben des Verpflichteten, ob, zu welchem Preis und sonstigen Bedingungen er verkaufen wolle. Der Verpflichtete habe durch den Vorkaufsvertrag nur die Verpflichtung übernommen, vor Abschluß eines Verkaufs mit einem Dritten die Sache zu den nämlichen Bedingungen dem Vorkaufsberechtigten anzubieten. Die Verpflichtung gehe nur auf ein Anbieten vor Abschluß des Vertrags mit einem Dritten. Dabei wird aber übersehen, daß der Verpflichtete nicht nur anzubieten hat, sondern auch veräußern muß, wenn dies vom Berechtigten verlangt wird.

4. Verträge zugunsten Dritter.

Im allgemeinen läßt sich sagen: Aus dem sozialpolitischen Zweck jenes § 313, aus seinem Charakter als Schutzvorschrift folgt, daß es nicht dem Sinne des Gesetzes entsprechen würde,

jene Vorschrift einer einschränkenden Auslegung zu unterwerfen. Es muß also diese Vorschrift auf alle Rechtsgeschäfte erstreckt werden, durch die eine Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück übernommen werden soll. Der § 313 bezieht sich also nicht nur auf Verträge, durch welche sich der eine Teil unmittelbar dem andern gegenüber verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, sondern es unterstehen ihm auch solche Verträge, durch welche sich der eine Teil verpflichtet, dem andern gegenüber die von letzterem durch Beschaffung der Käufer und Vereinbarung der Kaufbedingungen vorbereiteten Grundstücksveräußerungsverträge formgerecht abzuschließen. Es lassen sich zwei Haupttypen solcher Verträge unterscheiden:

1. In der einen Gruppe dieser Fälle liegt ein endgültiger Vertrag zugunsten eines Dritten vor. Die Vertragsbedingungen werden hier bis ins einzelne festgesetzt und dem Gläubiger das Recht vorbehalten, eine andere Person an seine Stelle zu setzen. Der Dritte tritt dann ohne weiteres in den Vertrag ein, ohne daß es eines neuen Abschlusses mit dem definitiven Erwerber bedürfe.

2. In der anderen Gruppe von Fällen verpflichtet sich der Veräußerer dem Gegenkontrahenten lediglich dazu, das Grundstück an den von letzterem beizubringenden Dritten zu überlassen und erteilt dem Vermittler Vollmacht zum Abschluß dieses Vertrages. Die Einzelheiten des Kaufvertrages werden hier nicht detailliert festgesetzt, sondern der zwischen dem Bevollmächtigten und dem Dritten zu treffenden Vereinbarung vorbehalten. Derartige Verträge haben vorbereitenden, aber doch selbständigen Charakter. Es wäre unzutreffend, sie als Vorverträge im strengsten Sinne des Wortes aufzufassen.

Daß die Form des § 313 gewahrt werden muß, liegt auf

der Hand. Denn der Grundstückseigentümer verpflichtet sich, das Grundstück der Person zu übertragen, die der Vermittler auswählt und mit der er auf Grund der Vollmacht den definitiven Veräußerungsakt abschließen werde. Die Erteilung der Vollmacht selbst ist dagegen gemäß § 167 Abs. 2 BGB. formfrei.

Die Verpflichtung des Veräußerers zur Übereignung wird gegenüber dem Erwerber erst begründet durch den selbständigen obligatorischen Vertrag, den der Bevollmächtigte unter Vereinbarung der näheren Bedingungen abschließt. Es bedarf also auch dieser definitive Vertrag der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

5. In diesem Paragraph besonders zu erwähnen ist jetzt noch der Fall, daß mehrere Personen, denen ein Grundstück in Gemeinschaft zu gesamter Hand gehört, die reelle oder ideelle Teilung des Grundstücks vereinbaren, und der Fall, daß ein Grundstück in eine Gesellschaft eingebracht wird. Was den ersteren Fall betrifft, so ist zu sagen:

Das Wesen der Gemeinschaft zur gesamten Hand besteht darin, daß die Gemeinschafter vermöge des sie umschließenden Bandes in bezug auf das Gemeinschaftsvermögen eine Einheit bilden, bei der nur der Wille aller für die gemeinsamen Angelegenheiten und Rechte maßgebend ist, daß aber gleichwohl ein rechtlich selbständiges Wesen, ein besonderer Organismus, hinter dem die einzelnen Mitglieder verschwinden, nicht besteht. Vielmehr sind die Gemeinschafter als solche Träger der gemeinschaftlichen Rechte und Pflichten (Gutbrod S. 73). Aus der Solidarität der Interessen, auf welcher die Gemeinschaft zur gesamten Hand beruht, folgt, daß der einzelne Gemeinschafter weder über seinen Anteil am Gemeinschaftsvermögen noch auch über seinen Anteil an

den einzelnen zu diesem gehörigen Gegenstände verfügen darf. Obwohl also die Gemeinschafter Subjekte des Gemeinschaftsvermögens sind, so sind doch ihre Anteile an demselben und an den einzelnen Gegenständen latent und in dem Ganzen nur unsichtbar enthalten, also nicht ziffernmäßig oder quotenmäßig bestimmt. Während bei dem Alleineigentum und dem Eigentum nach Bruchteilen der Eigentümer mit der Sache beliebig verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen kann, darf der Gemeinschafter sich gegenüber den zum Gemeinschaftsvermögen gehörigen Gegenständen nur so verhalten, wie die Einheit der Gemeinschafter es will. Aus diesem Gegensatz zwischen Miteigentum zu gesamter Hand und Alleineigentum bezw. Miteigentum nach Bruchteilen folgt: Entläßt die Gemeinschaft einen Gegenstand aus dem Gesamtvermögen und teilt sie ihn reell oder ideell unter die einzelnen Mitglieder, so verschafft sie dem einzelnen ein individualistisches Eigentumsrecht, das von seinem bisherigen Kollektiveigentumsanteil völlig verschieden ist. Der einzelne Gesamthänder erwirbt in einem solchen Fall nicht wie bei der Übertragung von Bruchteilen lediglich etwas zu dem, was er bereits hat, hinzu, sondern Gegenstand des Erwerbs ist die Sache in ihrer Gesamtheit; denn er hatte daran noch keinen Anteil. Es ist also bei der ideellen oder reellen Aufteilung eines in Gesamthandseigentum stehenden Grundstücks unter die Gemeinschafter Auflassung erforderlich und es bedürfen daher auch obligatorische Verträge, die auf eine solche Eigentumsveränderung abzielen, der Form des § 313 BGB.

Andererseits begibt sich derjenige, der einen ihm gehörigen Gegenstand in eine Gemeinschaft einbringt, seines Alleineigentums an demselben. Es ist daher für einen solchen Illationsvertrag ebenfalls gerichtliche oder notarielle Beurkundung

erforderlich. Schwieriger ist die Frage, ob ein Eigentumswechsel und damit eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung aus dem Illationsvertrag sich dann ergibt, wenn das den Gegenstand der Einlage bildende Grundstück den sämtlichen Personen, welche die Gesellschaft bilden, pro partibus indivisis gehört und die bisherigen Quoten am Grundstück mit den Gewinnquoten aus dem Gesellschaftsvermögen übereinstimmen. Da aber, wie erörtert, das Eigentum nach Bruchteilen vom Eigentum zur gesamten Hand vollständig verschieden ist, so handelt es sich auch hier zweifellos um einen Eigentumsübergang. Überall, wo laut des Gesellschaftsvertrags ein bisher nicht im Kollektiveigentum der Gesellschafter stehendes Grundstück oder eine Grundstücksquote von den Gesellschaftern in die Gesellschaft einzubringen ist, bedarf der Illationsvertrag der Form des § 313 BGB.[1]) Gegen die hier vertretene Ansicht wurde eingewendet[2]): Das Gesamtvermögen gehöre den Gesellschaftern, sie seien also Eigentümer des Grundstücks. Es liege somit in der Umwandlung des Gesamthandeigentums in Miteigentum nach Bruchteilen kein Eigentumswechsel, vielmehr erhalte das nach wie vor gemeinschaftliche Recht lediglich eine andere Gestaltung. Darauf wäre zu erwidern, daß gerade diese „andere Gestaltung" die Veränderung des Miteigentums nach Bruchteilen in das durchaus verschieden geartete Miteigentum zur gesamten Hand darstellt.

---

[1]) Oberneck S. 321; Turnau-Förster 2. Aufl. S. 363; Achilles-Strecker, Einleitung S. 40; RG. in JurW. 1903 S. 436 Nr. 15; RG. 56 S. 96, 57 S. 432; Gutbrod S. 79 weiter Literaturnachweise.

[2]) RG. Bd. 25 S. 252, Bd. 30 S. 150; Gruchot Bd. 38 S. 1065, Bd. 43 S. 202; JurW. 1898 S. 609 Nr. 39, 1899 S. 320 Nr. 48.

§ 4.

Verträge, welche nicht eine Verpflichtung zur Grundstücksübereignung enthalten, fallen nicht unter die Formvorschrift des § 313.

Wie im vorhergehenden erörtert wurde, ist der § 313 BGB. dem Zweck des Gesetzes gemäß zwar extensiv zu interpretieren. Von einer extensiven Auslegung eines Gesetzes ist jedoch eine Erstreckung der Gesetzesbestimmung auf analoge Fälle zu unterscheiden.

Eine analoge Anwendung des § 313 ist schon wegen seiner Singularität ausgeschlossen.[1]) Denn erfolgt die Durchbrechung eines Rechtsprinzipes, wie es der Grundsatz der

[1]) Gerichtliche oder notarielle Beurkundung ist auch in § 2033 BGB. vorgeschrieben für den Vertrag, durch den ein Miterbe über seinen Anteil am Nachlaß verfügt. Derselben Form bedarf nach § 2371 BGB. der diesem dinglichen Vertrag zugrunde liegende obligatorische Vertrag. Erfolgte nun die den Anforderungen des § 2033 BGB. entsprechende Übertragung des Miterbenanteils auf Grund eines formlosen Kausalgeschäfts, so erhebt sich die Frage, ob die Übertragung des Anteils ohne rechtlichen Grund erfolgt ist und demgemäß konzidiert werden kann, oder ob eine analoge Anwendung des § 313 BGB. zulässig ist, so daß also der über den Miterbenanteil geschlossene obligatorische Vertrag seinem ganzen Inhalte nach gültig wird, wenn der Veräußerer in Gemäßheit des § 2033 BGB. über seinen Erbanteil verfügt hat. Wegen der Singularität der Vorschrift des § 313 wird man jedoch eine analoge Anwendung desselben verwerfen müssen und so zu der Entscheidung gelangen, daß die Kondiktion des Erbanteils zulässig ist. Meistens wird übrigens der obligatorische Vertrag mit dem dinglichen verbunden werden oder bei Abschluß des letzteren zugleich eine Neuvornahme des ersteren stattfinden (vgl. Strohal, Das deutsche Erbrecht Bd. 2 S. 196; Matthiaß II 3. Aufl. S. 589; Wilke S. 99; Binder S. 97).

Formlosigkeit im Bürgerlichen Gesetzbuch ist, aus Zweckmäßigkeitsgründen, so darf die Geltung dieses Ausnahmegesetzes nicht weiter erstreckt werden als die Zweckmäßigkeitsgründe es verlangen.

So bedarf z. B. ein Vertrag, in dem sich der eine Kontrahent einseitig verpflichtet, ein Grundstück zu erwerben, keiner Form. Denn aus einer solchen Vereinbarung entsteht für den Grundstückseigentümer keinerlei Verpflichtung, sich seines Grundstücks zu entäußern. Die ratio legis des § 313 BGB. trifft also auf derartige Fälle nicht zu.

Hierher gehört beispielsweise das Abkommen eines Grundstückseigentümers mit einem Fabrikbesitzer, wonach letzterer verpflichtet sein solle, auf Verlangen des ersteren dessen Grundstück zu kaufen, wenn die Fabrik auf dieses schädlich einwirkt.

Eine Verpflichtung zum Erwerb eines Grundstücks kann auch darin liegen, daß sich jemand verpflichtet, eine notariell beurkundete Verkaufsofferte anzunehmen. In diesem Sinn ist auch folgender Fall zu entscheiden, der dem Reichsgericht vorlag:

Der Verkäufer eines Hauses machte eine notarielle „Kaufofferte“ mit Bindung bis zum 1. 10. 1901.[1]) Der Käufer zahlte 5000 Mk. an. Sie sollten verfallen sein, wenn er bis zum 1. 10. 1901 nicht annehmen würde. Die Annahme erfolgte nicht. Der Verkäufer zog die Offerte zurück und der Käufer verlangte Rückzahlung der 5000 Mk., die der Verkäufer verweigerte.

Läge hier ein Veräußerungsvertrag vor, so bedürfte er als solcher der notariellen Form; also auch die Annahme. Der Vertrag wäre also mangels Beurkundung der Annahme nichtig und die Rückforderung der 5000 Mk. gerechtfertigt (§ 344 BGB.).

[1]) RG. 53 S. 236.

Davon ist aber im vorliegenden Fall nicht die Rede. Der Käufer verpflichtet sich nur, diese Offerte anzunehmen. Diese Verpflichtung ist nichts weiter als die einseitige Verpflichtung, einem andern sein Grundstück abzukaufen. Der Fall wäre ebenso zu entscheiden, wenn die Sachlage folgende wäre: Der Verkäufer macht gar keine Offerte oder nur eine formlose. Der Käufer verpflichtet sich, ihm das Grundstück bis 1. Oktober abzukaufen resp. seine formlose Offerte anzunehmen. Da, wie oben dargelegt, die einseitige Verpflichtung zum Erwerb eines Grundstücks möglich ist, so gilt dies auch von der Verpflichtung zur Annahme eines Veräußerungsantrags. Es kann also in diesem Fall die Vertragsstrafe nicht zurückgefordert werden, weil der Käufer zur Annahme der Offerte verpflichtet war.

Ein anderes Beispiel: X machte dem Z eine notarielle Kaufofferte über sein Grundstück mit Bindung bis 1. 11. 1902. X bedingt sich aus, daß die Annahme nicht vor 1. Oktober erfolgen dürfe und im Laufe des Oktobers erfolgen müsse unter Vereinbarung einer Konventionalstrafe von 10000 Mk. Es fragt sich hier, ob Z gebunden ist, den Antrag anzunehmen. Diese Frage ist zu bejahen. Da die Verpflichtung zur Annahme noch nicht die Annahme selbst ist, so liegt hier einstweilen noch kein perfekter Kaufvertrag vor. Der Verkäufer band sich nur an seinen Antrag. Z verpflichtete sich, diese Offerte anzunehmen, d. h. den Veräußerungsvertrag abzuschließen. Die einseitige Verpflichtung zum Erwerb des Grundstücks ist formlos möglich.

Das Reichsgericht (Bd. 53 S. 257) war gegenteiliger Ansicht: „Denn wenn das Gesetz für gewisse Verträge eine bestimmte Form vorgeschrieben hat, wie dies in § 313 für einen Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem

Grundstück zu übertragen, geschehen ist, so ist eine formlos eingegangene Verpflichtung zum Abschluß eines solchen Vertrags hinfällig und rechtsunverbindlich. Hinfällig und rechtsunverbindlich war es also, wenn Z dem X versprach, sein Angebot nicht abzulehnen oder was — nur positiv ausgedrückt — dasselbe ist, sein Angebot anzunehmen. Ist aber das Versprechen selbst unwirksam, so ist nach § 344 BGB. auch die für den Fall seiner Nichterfüllung getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam.“ Diese Entscheidung geht insofern fehl, als ein Vertrag, durch den sich jemand zur Veräußerung eines Grundstücks verpflichtet, nicht vorliegt. Der Vertrag wird erst durch die Annahme des Antrags geschlossen, nicht durch die Verpflichtung, den Antrag anzunehmen.

Hierher gehört auch die facultas alternativa, d. h. die Befugnis des Schuldners, sich durch eine andere Leistung zu befreien. Es wird z. B. vereinbart, daß der zu einer Geldleistung verpflichtete Schuldner seine Schuld dadurch tilgen kann, daß er sein Grundstück dem Gläubiger auflässt. Denn in diesem Fall besteht eine Verpflichtung nur zur Leistung von Geld; der Schuldner hat aber das Recht, statt des geschuldeten Betrages ein Grundstück als Zahlung hinzugeben.

Dagegen ist die Begründung einer Wahlobligation formbedürftig, wenn der Schuldner ein Grundstück wahlweise neben einer anderen Leistung schulden soll. Denn hier besteht wirklich eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung am Grundstück. „Plures res in obligatione sunt, una in solutione.“

Daraus, daß eine analoge Anwendung des § 313 als einer Ausnahmevorschrift unstatthaft ist, folgt, daß die Abtretung des Anspruchs auf Übereignung eines Grundstücks keiner Form

bedarf.[1]) Denn durch den Zessionsvertrag wird keine Verbindlichkeit zur Übereignung des Grundstücks begründet. Diese Verbindlichkeit besteht vielmehr schon, und es tritt nur ein neuer Gläubiger in das Vertragsverhältnis ein.

Die gegenteilige Ansicht wird im „Recht" 1900 S. 319 vertreten mit der Begründung: durch die Zession verpflichte sich der Zedent, das Grundstück, wie es ihm zusteht, dem Zessionar zu übertragen, und zwar durch die Hand und Vermittlung des Zessus. Diese Argumentation ist insofern falsch, als sich der Zedent keineswegs zur Eigentumsübertragung verpflichtet. Diese Verpflichtung obliegt vielmehr dem Zessus nach wie vor; nur der Gläubiger hat gewechselt. Weiter ist in dem angeführten Artikel gesagt: „Überdies wird den Eingangsworten des § 313 BGB. ‚ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen', durchaus kein Zwang angetan, wenn sie als gleichbedeutend angesehen werden mit den Worten ‚ein Vertrag, welcher das Eigentum eines Grundstücks zum Gegenstand hat'. „Diese Umdeutung", so fährt der Verfasser fort, „erscheint durchaus statthaft und den Auslegungsregeln nicht widersprechend." Auch dies ist nicht richtig. Ein Vertrag, der das Eigentum eines Grundstücks zum Gegenstand hat, ist auch der Vertrag, in dem sich jemand einseitig verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu erwerben, und doch wird niemand behaupten, daß ein solcher Vertrag unter § 313 falle.

Ferner wird in der zitierten Abhandlung behauptet: „Jede selbst noch so unbedingt gefaßte Vorschrift, somit auch § 398 BGB. ergehe unter dem selbstverständlichen Vorbehalt,

---

[1]) RG. 53 S. 268.

daß sie nicht zur Anwendung kommt, soweit das Gesetz ausdrücklich etwas anderes bestimmt oder etwas anderes aus dem Gesetz, besonders aus seinem offenbaren Zweck, erhellt. Der sozialpolitische Zweck liegt aber nach der geschichtlichen Entwicklung, nach den Motiven und Protokollen klar zutage. Der Grundbesitz soll geschützt, ein unüberlegtes leichtsinniges Wandern von Hand zu Hand soll verhindert, die Wichtigkeit des Grundstückserwerbs wie Verlustes soll auf diese Weise im Verkehrsleben zum allgemeinen Bewußtsein gebracht werden. Diesem Zwecke widerspräche es vollständig, wenn durch das Mittel der formlosen Zession im Augenblick ihrer Vornahme die Bindung der interessierten Beteiligten einträte. Es wäre damit eine Fundgrube für Güterhändler — alias Güterschlächter — geschaffen, welche — da, was für Vollzessionen gilt, auch für Teilzessionen maßgebend wäre — auf diese Weise das, was das Gesetz für die bäuerliche Bevölkerung fürsorgend will, nunmehr auf die leichteste Art vereiteln könnten und würden.“ Meines Erachtens sind die Ausführungen gleichfalls unzutreffend, denn der Grundstückseigentümer wird durch die Zession in keiner Weise benachteiligt. Für ihn hat der § 313 seine schützende Wirkung schon geäußert: er hat sich formell zur Übereignung seines Grundstücks verpflichtet. Wird nun die gegen ihn begründete Forderung abgetreten, so wird seine Verpflichtung nicht vergrößert. Man könnte höchstens davon reden, daß der Zedent vom Gesetz stiefmütterlich behandelt werde, da er sich durch formlose Zession seines Anspruchs auf das Grundstück leichtsinnig entäußern kann. (Die hier bekämpfte Ansicht vertritt auch Scherer in seinem Recht der Schuldverhältnisse S. 141.)

Ebensowenig bedarf die privative Schuldübernahme der im

§ 313 vorgeschriebenen Form. Denn es wird auch hier nicht ein neues Schuldverhältnis begründet, es tritt vielmehr nur ein neuer Schuldner an Stelle des früheren. Nun kann aber nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Schuldübernahme in zweierlei Weise erfolgen:

1. Der einfache Weg ist der eines Vertrages des Gläubigers und des Übernehmers. Der bisherige Schuldner hat hierbei keine Mitwirkung. Von diesem Fall wurde eben gesprochen.

2. Der andere Weg, den § 415 BGB. vorschreibt, ist folgender: Der Übernehmer erklärt sich dem Urschuldner mittels Vertrags zum Schuldner des Gläubigers desselben. Die Übernahme vollzieht sich auf Grund der Mitteilung dieses Geschäftes durch den Urschuldner oder den Übernehmer der Schuld an den Gläubiger und durch dessen Genehmigung. In der zunächst stattfindenden Erfüllungsübernahme, d. h. in dem dem Schuldner gegenüber abgegebenen Versprechen des Dritten, die Schuld des ersteren zu erfüllen, liegt die Begründung einer neuen Verbindlichkeit. Sie bedarf daher, wenn den Leistungsgegenstand ein Grundstück bildet, der Form des § 313. Ist diese Formvorschrift nicht beobachtet, wird aber diese Erfüllungsübernahme durch den Urschuldner oder den Übernehmer dem Gläubiger mitgeteilt und von letzterem genehmigt, so kommt die Erfüllungsübernahme und die dafür erforderliche Form nicht mehr in Frage. Es liegt also eine vollwirksame Schuldübernahme vor, wenn der Übernehmer ohne Einhaltung der Form des § 313 dem ursprünglichen Schuldner zugesagt hat, das geschuldete Grundstück dem Gläubiger zu übereignen, und wenn hierauf einer der Beteiligten den Gläubiger von dieser Vereinbarung in Kenntnis gesetzt und letzterer seine Genehmigung hierzu erteilt

hat. Erteilt aber der Gläubiger der zwischen dem Schuldner und dem Übernehmer getroffenen formlosen Abmachung seine Zustimmung nicht, so steht dem Schuldner gegen letzteren der Anspruch aus § 415 Abs. 3 Satz 1 und 2 BGB. nicht zu.

Dagegen bedarf die Begründung einer kumulativen Schuldübernahme der Form des § 313 BGB., wenn die Obligation auf Übereignung eines Grundstücks gerichtet ist. Denn hier tritt der neue Schuldner nicht an die Stelle des bisherigen Schuldners, sondern neben ihn, so daß eine Gesamtschuld entsteht.

Keiner gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf auch der Auftragsvertrag,[1]) durch den sich der Beauftragte verpflichtet, die Veräußerung eines Grundstücks zu betreiben. Da nach § 671 BGB. der Auftrag jederzeit widerrufen werden kann, besteht für den Grundstückseigentümer keine Verpflichtung zur Veräußerung. Eine Ausnahme tritt nur ein, wenn der Auftraggeber sich dem Beauftragten gegenüber verpflichtet, an die Person, die letzterer auswählen wird, das Eigentum zu übertragen.

Auch dann ist der Auftrag formlos möglich, wenn er dahin geht, der Beauftragte solle für den Auftraggeber ein bestimmtes oder ein vom ersteren noch auszuwählendes Grundstück erwerben. Auf Grund des Vertrages ist der Beauftragte allerdings verpflichtet, das Grundstück dem Auftraggeber herauszugeben. Aber diese Verpflichtung entsteht aus dem Auftragsverhältnis kraft Gesetzes. Dabei ist es ganz gleichgültig, wie der Beauftragte den Auftrag ausführt, ob er das Grundstück direkt auf den Namen des Auftraggebers oder zunächst auf seinen Namen erwirbt. Unerheblich

---

[1]) RG. 54 S. 79.

ist es auch, ob der Auftragserteilung die Bestimmung beigefügt ist, daß der Beauftragte das erstandene Grundstück seinem Auftraggeber aufzulassen habe, oder ob eine derartige Bestimmung fehlt. Denn ein solcher Beisatz ist ein überflüssiger, das Auftragsverhältnis bestätigender, aber keineswegs einen selbständigen Verpflichtungsgrund enthaltender Zusatz.

Anders hat dagegen die Entscheidung zu lauten, wenn die Parteien ausdrücklich vereinbaren, daß zunächst der eine Teil Eigentum an dem Grundstück erwerben und es dann später auf den andern übertragen solle. Hier ist von einem Auftragsverhältnis im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches überhaupt nicht die Rede. Denn jener übernimmt nicht eine Geschäftsbesorgung für den andern, sondern besorgt zunächst seine eigenen Geschäfte, wenn er sich auch gegenüber dem andern hierzu verpflichtet hat. Es liegt vielmehr eine Verpflichtung vor, künftiges Grundeigentum auf einen Dritten zu übertragen, und daher ist die Beobachtung der Form des § 313 notwendig.

Formfrei ist auch die Erteilung der Vollmacht zur Veräußerung eines Grundstücks. Denn sie ist eine einseitige Willenserklärung, welche regelmäßig formlos erfolgen kann und der Form, welche für das Hauptgeschäft vorgeschrieben ist, selbst dann nicht bedarf, wenn dieses ein Formalgeschäft ist (§ 167 Abs. 2 BGB.). Da eine Ausnahme dieser Vorschrift für Verträge im Sinne des § 313 BGB. nicht vorgesehen ist, so folgt auch bei ihnen die Erteilung der allgemeinen Regel.

Überdies besteht, da die Vollmacht im allgemeinen frei widerruflich ist, für den Vollmachtgeber keine Verpflichtung zur Veräußerung. Verspricht dagegen der Grundstückseigentümer, die Vollmacht nicht zu widerrufen, so verpflichtet er

sich damit zur Übereignung, und es ist daher die gerichtliche oder notarielle Form zu wahren.

Zweifelhafter wird die Frage, wenn der Grundstückseigentümer sich zwar nicht verpflichtet, die Vollmacht nicht zu widerrufen, aber doch für den Widerrufsfall die Zahlung einer bestimmten Summe verspricht. Das Reichsgericht nahm an, daß ein derartiger Vertrag unter die Formvorschrift des § 313 BGB. falle; meines Erachtens mit Recht. Denn darin, daß der Eigentümer durch den Widerruf zur Zahlung einer bestimmten Summe verpflichtet wird, liegt ein tatsächlicher Zwang, die Vollmacht nicht zu widerrufen. Wenn auch eine analoge Anwendung des § 313 BGB. wegen seiner Natur als Ausnahmevorschrift abzulehnen ist, so darf man doch nicht so weit gehen, daß man jede Vereinbarung, die offensichtlich auf eine Umgehung des Gesetzes angelegt ist, als vollgültig anerkannt. Übrigens wird man wohl fast in allen hier in Betracht kommenden Fällen eine stillschweigend vereinbarte Verpflichtung des Vollmachtgebers, seine Vollmacht nicht zu widerrufen, annehmen müssen. Eine solche stillschweigende Vereinbarung ist wegen des Mangels der Form des § 313 BGB. nichtig, und daher ist auch die Festsetzung einer Vertragsstrafe gemäß § 344 BGB. hinfällig.

Auch aus einem anderen Grunde ist das hier in Frage stehende Rechtsgeschäft nicht dem Formzwang entzogen. Wie sich aus § 168 BGB. ergibt, setzt § 167 Abs. 2 eine Vollmacht voraus, welche frei, d. h. ohne Rechtsnachteil für den Vollmachtgeber widerruflich ist.

Wenn nun auch im allgemeinen die Formfreiheit für die Erteilung einer Vollmacht zur Grundstücksveräußerung anzuerkennen ist, so kann doch ein Rechtsgeschäft, welches die Veräußerung von Grundstücken bezweckt, der Formvorschrift

des § 313 BGB. nicht dadurch entzogen werden, daß es in eine Vollmachtserteilung eingekleidet wird. Es ist nämlich möglich, daß die Parteien sich nicht auf die einseitige Erklärung, wodurch jemand zur Vornahme einer Veräußerung von Grundstücken vom Vollmachtgeber ermächtigt wird, beschränken, sondern daran eine Reihe von Bestimmungen schließen, die den Inhalt der Vollmacht und deren Ausführung in einer Weise modifizieren und vervollständigen, daß sich das Schriftstück als ein zweiseitiger Vertrag mit Festsetzung von Leistungen und Gegenleistungen im einzelnen darstellt.

II. Abschnitt.

§ 5.

In welchem Umfang bedarf der obligatorische Grundstücksveräußerungsvertrag der im § 313 BGB. vorgeschriebenen Form?

Wie schon erörtert wurde,[1]) steht unter dem Formzwang nicht bloß der einzelne auf Eigentumsübertragung gerichtete Bestandteil des Vertrages, sondern der „Vertrag", d. h. alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Beteiligten der obligatorische Veräußerungsvertrag zusammensetzen soll. Zu diesem Ergebnis, welches allgemein von Theorie und Praxis anerkannt ist, drängt außer dem Wortlaut des Gesetzes auch die sozialpolitische Tendenz jener Bestimmung. Der Zweck, die Beteiligten vor Übereilung zu schützen und eine möglichst genaue Festlegung des Inhalts dieser Verträge zu sichern, würde äußerst unvollkommen erreicht werden, wenn man eine Unterscheidung treffen wollte zwischen solchen Vertragsbestandteilen, welche der Form bedürfen, und solchen, welche formlos getroffen werden können.

In der gerichtlichen oder notariellen Urkunde muß also vor allem der wesentliche Vertragsinhalt niedergelegt sein, ohne dessen Vorhandensein ein gültiger Vertrag der betreffenden Art nicht zustande kommt. Vor allem muß ersichtlich sein, welches Grundstück veräußert werden soll, wer Veräußerer, wer Erwerber sein soll. Bei einem entgeltlichen

[1]) RG. 51 S. 181, 52 S. 4.

Vertrag ist die Angabe der Gegenleistung, welche für das Grundstück gewährt werden soll, unerläßlich.

Es ist aber genügend, wenn der Vertragsbestandteil sich im Wege der Auslegung aus der Urkunde entnehmen läßt. Die Urkunde muß nur die Möglichkeit bieten, das Essentiale in ihr zu finden. Bei einem Kaufvertrag ist es daher nicht unbedingt erforderlich, daß der Preis ziffernmäßig festgestellt ist, vielmehr genügt es, wenn ausreichende Anhaltspunkte für die Ermittlung des Preises vorliegen. Z. B. in dem Vertrag ist gesagt, der Kaufpreis sei durch Abtretung zweier Hypotheken zu bezahlen. Diese Angabe ist ausreichend, wenn durch Interpretation ermittelt werden kann, welche individuell genau bestimmten Hypotheken abgetreten werden sollen. Dies kann auch aus den mündlichen Parteiberedungen bei Abschluß des Vertrages entnommen werden.

Es genügt auch, wenn die Preisbestimmung in das billige Ermessen eines Dritten gelegt ist.

Enthält dagegen die Urkunde keinen Anhaltspunkt für die Bestimmung eines Essentiale, so ist der ganze Vertrag wegen Fehlens der Beurkundung eines wesentlichen Vertragsbestandteils nichtig. Dies gilt insbesondere, wenn der zwischen den Parteien vereinbarte Kaufpreis falsch beurkundet ist (z. B. 100 Mk. statt 1000 Mk.). Hier handelt es sich nicht um die Auslegung eines unbestimmten Ausdrucks. Denn der Ausdruck ist ganz klar und erlaubt keine andere Auslegung. Vielmehr handelt es sich um eine dem Parteiwillen nicht entsprechende Beurkundung bezüglich eines Essentiale. Daher ist der ganze Vertrag als nicht in der vorgeschriebenen Form beurkundet anzusehen. Das Ergebnis ist also:

Sind die Parteien zwar der Sache nach einig, haben sie aber für einen wesentlichen Vertragsbestandteil oder für den

Vertrag selbst eine irrtümliche oder unklare Bezeichnung gewählt, so ist der Vertrag trotzdem rechtswirksam. Wurde aber bezüglich eines Essentiale gar keine Bestimmung in den Vertrag aufgenommen oder wurde infolge Simulation der Parteien oder Fahrlässigkeit des beurkundenden Beamten ein wesentlicher Vertragsbestandteil falsch beurkundet, so ist der ganze Vertrag als der erforderlichen Form ermangelnd zu behandeln.

Da § 313 BGB. sich auf den ganzen Vertrag bezieht, so ergibt sich daraus, daß auch die sogen. accidentalia und die Wegbedingung der naturalia des Vertrags der Form bedürfen. Der Unterschied zwischen den natürlichen und den zufälligen Vertragsbestandteilen besteht darin, daß letztere auf besonderer Parteiberedung im einzelnen Fall beruhen und nur eintreten, wenn sie besonders vereinbart sind, während die ersteren kraft Gesetzes eintreten, wenn sie nicht durch Verabredung der Parteien ausgeschlossen sind. Eine solche Vereinbarung unterliegt als Bestandteil des Hauptvertrags derselben Form wie dieser.

Wurde ein Bestandteil des Vertrages nicht beurkundet, so macht es einen großen Unterschied, ob die formlose Vereinbarung sich als ein essentiale oder als ein naturale bezw. accidentale des Geschäfts darstellt. Im ersteren Fall ist, wie erwähnt, der ganze Vertrag als der Form ermangelnd zu behandeln. Im letzteren Fall ist dagegen lediglich die nicht formgerecht getroffene Bestimmung ungültig und berührt die Gültigkeit des ganzen Vertrages nicht, sofern anzunehmen ist, daß dieser auch ohne den ungültigen Bestandteil getroffen sein würde.[1])

[1]) § 139 BGB.

Als naturalia negotii, welche in der Urkunde wegbedungen werden müssen, wenn ihr Eintritt ausgeschlossen sein soll, kommen beispielsweise in Betracht: die Bestimmung des § 193, die Anwendbarkeit der gewöhnlichen Verjährungsfristen, das Verbot von Teilleistungen usw.

Beispiele für zufällige Nebenberedungen bilden die Vereinbarung einer Draufgabe, einer Vertragsstrafe, eines vertragsmäßigen Rücktrittsrechts. Von besonderer praktischer Bedeutung ist die Zusicherung bestimmter Eigenschaften. Nach Dernburg[1]) machen bei einem Grundstücksveräußerungsvertrag auch formlose Zusicherungen den Verkäufer haftbar, denn dafür spreche die Rücksicht auf Treu und Glauben und der Umstand, daß das Gesetz ohne Unterschied von Zusicherungen rede. Gegen das erstere Argument läßt sich geltend machen, daß gegenüber Formvorschriften die Berufung auf Treu und Glauben versagen müsse, weil sonst die Formvorschriften bedeutungslos sein würden. Auch der Umstand, daß § 459 Abs. 2 schlechtweg von zugesicherten Eigenschaften spricht, läßt meines Erachtens keinen Schluß auf die Richtigkeit der Behauptung Dernburgs ziehen.

Ein weiteres Beispiel für zufällige Nebenabreden bildet die Vereinbarung, daß der Erwerber bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses verpflichtet sein soll, das Grundstück an den Veräußerer zurückzuübertragen.

Nicht notwendig ist es dagegen, daß die mit einem dem § 313 BGB. unterliegenden Vertrage verbundenen Abmachungen, welche nicht bloße Nebenberedungen des Liegenschaftsvertrages, sondern selbständige Verträge sind, gleichfalls in jener Form getroffen werden. Z. B. ein von einem Einzelkaufmann oder einer Handelsfirma betriebenes Handelsgeschäft wird mit allen

[1]) Dernburg, Bürgerl. R. II, 2 § 184 III.

Aktiven und Passiven auf einen anderen Inhaber übertragen. Hier liegt keine Universalsukzession, sondern eine Reihe von Einzelveräußerungen vor. Ferner kommt hier in Betracht die Auseinandersetzung einer Gemeinschaft, z. B. der Erbengemeinschaft, in der sowohl Nachlaßgrundstücke als auch andere Gegenstände zur Verteilung gelangen. Hier muß jeder einzelne Veräußerungsvertrag in der für ihn gesetzlich vorgeschriebenen Form geschlossen werden. Es ist aber nicht der ganze Vertrag, z. B. der Auseinandersetzungsvertrag als solcher, der Form des § 313 BGB. unterworfen, sondern nur der Liegenschaftsvertrag bedarf jener Form, selbst wenn er sich nur als eine Nebenvereinbarung darstellt.

Nachdem jetzt dargelegt wurde, in welchem Umfang der Abschluß eines Grundstücksveräußerungsvertrages der Form des § 313 bedarf, erübrigt noch die Beantwortung der Frage, ob auch nachträgliche vor der Auflassung vereinbarte Abfindungen oder die Aufhebung des obligatorischen Vertrages der Form bedürfen. Diese Frage ist nicht einheitlich zu beantworten. Muß ein Vertragsbestandteil in der Urkunde enthalten sein, so unterliegen auch spätere Vereinbarungen über denselben jener Form. Dabei ist es einerlei, ob nachträglich neue Vertragsbedingungen in den Vertrag eingeführt oder ob anderweitige Vereinbarungen die ursprünglichen abändern sollen. Denn diese späteren Festsetzungen treten an die Stelle der ursprünglich getroffenen und sind daher in derselben Weise wie diese formbedürftig. Ist die Form nicht gewahrt, so haben sie gegenüber dem formell abgeschlossenen Vertrag keinen Bestand. Hierher gehört z. B. die Vereinbarung, daß an Stelle des ursprünglich geschuldeten Grundstücks ein anderes den Vertragsgegenstand bilden soll. Dasselbe gilt auch, wenn nachträglich ein höherer Kaufpreis vereinbart wird.

Anders ist es dagegen, wenn nachträglich der Kaufpreis herabgesetzt oder bei einem Vertrage über mehrere Grundstücke eines derselben vom Vertrag ausgeschlossen wird. In diesen Fällen liegt ein teilweiser Erlaß der Schuld vor, der formlos vereinbart werden kann.

Wird dagegen bestimmt, daß eines der mehreren Grundstücke vom Vertrag ausgenommen sein soll und wird gleichzeitig auch der Kaufpreis herabgesetzt, so ist darin die Aufhebung des ursprünglichen Vertrages und die Begründung eines neuen Vertrages zu erblicken, welcher derselben Form bedarf wie der ursprüngliche.

Wenn Abänderungen des formgerechten Vertrages derselben Form bedürfen wie dieser selbst, so läge eigentlich die Annahme nahe, daß dasselbe auch von der Aufhebung eines solchen gelte. Diese Annahme wäre aber falsch. Die nachträglichen Vereinbarungen, welche einen Grundstücksveräußerungsvertrag abändern, sind Bestandteile des formell geschlossenen Vertrages und haben keine selbständige Existenz, soweit nicht in ihnen ein Erlaßvertrag liegt. Soll dagegen die Verpflichtung, Eigentum zu übertragen und demgemäß auch die Verpflichtung zur Bewirkung der Gegenleistung aufgehoben werden, so ist das ein ganz selbständiger Vertrag, der keineswegs dem Formzwang des § 313 BGB. unterliegt. Denn ein Aufhebungsvertrag enthält das Gegenteil von einer Verpflichtung, Eigentum zu übertragen und wird daher von dem § 313 BGB. nicht betroffen. Eine analoge Anwendung dieser Vorschrift auf einen solchen Vertrag ist schon wegen ihres singulären Charakters zu verwerfen.

Auch die sozialpolitische Tendenz des § 313 führt zur Formlosigkeit des Aufhebungsvertrages. Denn nach den Motiven des Bürgerlichen Gesetzbuches wurde jene Vorschrift

getroffen, um die bäuerliche Bevölkerung vor übereilter Grundstücksveräußerung zu bewahren. Durch den Aufhebungsvertrag soll aber gerade der bestehende Zustand aufrechterhalten werden.

Ein weiteres Argument für die Formlosigkeit des Aufhebungsvertrages liegt in folgendem: Das preuß. Landrecht I § 5 bestimmte: „Insofern ein Vertrag gerichtlich geschlossen werden muß, muß auch die Aufhebung desselben gerichtlich erfolgen.“ Eine derartige Bestimmung wurde aber in das Bürgerliche Gesetzbuch nicht aufgenommen. Daraus folgt also zur Genüge, daß ein formgerecht geschlossener Grundstücksveräußerungsvertrag formlos wieder aufgehoben werden kann.

III. Abschnitt.

Der formlos geschlossene obligatorische Vertrag bis zur Auflassung.

§ 6.

Ist die Form des § 313 BGB. nicht beobachtet, so ist der Vertrag bis zur Auflassung nichtig.

Von dem obligatorischen Vertrag, durch den sich die Parteien verpflichten, den Eigentumswechsel zu vollziehen, ist das Leistungsgeschäft zu unterscheiden, welches den Eigentumswechsel unmittelbar herbeiführt.

Es ist dies nach Bürgerlichem Gesetzbuch der dingliche Vertrag, die Auflassung, und die auf Grund der Eintragungsbewilligung beider Teile sich vollziehende Eintragung der Eigentumsveränderung ins Grundbuch. Der obligatorische Vertrag stellt nur den Rechtsgrund, die causa, für die Vornahme des Erfüllungsgeschäftes dar und verpflichtet die Parteien, den dinglichen Vertrag abzuschließen. Letzterer beruht auf einem vom kausalen Geschäft völlig verschiedenen Willensentschluß.

Nach § 313 Satz 2 wird der ohne Beobachtung der gerichtlichen oder notariellen Form geschlossene Vertrag seinem ganzen Inhalt nach gültig, wenn die Auflassung und Eintragung ins Grundbuch erfolgen. Es ist also die Rückforderung des auf Grund eines formlosen Kaufvertrages auf-

gelassenen Grundstücks ausgeschlossen. Es erhebt sich nun die Frage: wie ist die Sachlage vor der Auflassung und Eintragung zu beurteilen?

Es wurde die Behauptung aufgestellt, daß aus dem formlosen Vertrag eine unvollkommene, sogen. natürliche Verbindlichkeit entspringe: so Windscheid, Kipp, Ubbelohde,[1] Matthiaß I § 72 II.

Zur Prüfung der Richtigkeit dieser Ansicht ist es notwendig, zunächst den Begriff der natürlichen Verbindlichkeiten festzustellen. Natürliche Verbindlichkeiten sind solche, denen der Rechtsschutz durch Klage versagt ist, während das Schuldverhältnis im übrigen von der Rechtsordnung anerkannt wird und daher auch gewisse Rechtswirkungen zu äußern fähig ist.[2] Es liegt in diesen Fällen eine Schuld ohne Haftung vor. Im einzelnen sind dagegen die verschiedenen unvollkommenen Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs verschiedenartig gestaltet. Dabei lassen sich zwei Gruppen unterscheiden:

1. Bei der einen Gruppe kann auf Leistung geklagt werden, und es bleibt dem Beklagten überlassen, die Unvollkommenheit des Schuldverhältnisses im Wege der Einrede geltend zu machen. Macht der Schuldner die Einrede nicht geltend, so wird er verurteilt, obwohl das Schuldverhältnis nur ein unvollkommenes war. Von Amts wegen ist bei dieser Gruppe der Mangel des Klagerechts nicht zu berücksichtigen. Hierher gehört die verjährte Forderung, die Ausstattungspflicht der Eltern gemäß § 1624 BGB., nach der herrschenden Ansicht auch die vom Zwangsvergleiche im Konkurs be-

---

[1] Jahrb. f. Dogm. Bd. 38 S. 216.

[2] Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2, 1 § 3.

troffenen Forderungen. Insbesondere kann auf eine derartige Verbindlichkeit ein neues Schuldverhältnis, z. B. eine Bürgschaft aufgebaut werden. Auch eine Pfandbestellung ist vollgültig.

2. In einer anderen Gruppe von Fällen verabscheut dagegen das Gesetz jeden Zwang auf Erfüllung der Verbindlichkeit. Wird eine Klage erhoben, so ist sie von Amts wegen zurückzuweisen. Es steht der Klage ein Einwand gegenüber. Nur wenn die Leistung freiwillig gemacht wird, kommt sie als Erfüllung einer Schuld und nicht als Schenkung in Betracht. So bei Spiel- und Wettschulden und beim Ehemäklerlohn. Wegen solcher Verbindlichkeiten ist nicht bloß die Klage versagt, sondern schlechthin auch die einseitige Aufrechnung seitens des Schuldners der unvollkommenen Verbindlichkeit.[1]) Auch eine Bürgschaft für sie ist unwirksam wie jede andere auf sie aufgebaute Schuld. Dagegen ist die Erfüllung wie auch eine Leistung an Erfüllungsstatt rechtsbeständig.

Daß der formlose Grundstücksveräußerungsvertrag unter die Gruppe 1 falle, kann unmöglich behauptet werden. Denn aus dem sozialpolitischen, im öffentlichen Interesse wurzelnden Zweck dieser Bestimmung folgt, daß es unmöglich dem Beklagten überlassen werden kann, ob er den Formmangel geltend machen wolle. Insbesondere kann zur Sicherung des Anspruchs auf Übereignung kein Pfand bestellt oder eine Vormerkung ins Grundbuch eingetragen werden.

Aber auch unter die 2. Gruppe kann man den formlosen Grundstücksveräußerungsvertrag nicht stellen. Denn: der Kaufvertrag ist ein zweiseitiger Vertrag. Es müßten also,

---

[1]) Über Aufrechenbarkeit einer verjährten Forderung vgl. § 390 BGB.

wenn er formlos geschlossen ist, für jeden der Kontrahenten unvollkommene Verbindlichkeiten entspringen. Der Verkäufer hätte also das Grundstück zu übereignen, der Käufer hätte den vereinbarten Kaufpreis zu bezahlen. Beides wären unvollkommene Verbindlichkeiten. Zahlt nun der Käufer den Kaufpreis noch ehe ihm das Grundstück aufgelassen ist, so hätte er damit eine Verbindlichkeit erfüllt. Die Leistung wäre rechtsbeständig, der Käufer könnte aber seinerseits nicht auf Übereignung klagen. Dieses Resultat wäre absurd. Es unterliegt daher keinem Zweifel, daß der im irrigen Glauben an die Rechtsbeständigkeit des formlosen Vertrags die Gegenleistung Vollziehende zur Rückforderung berechtigt ist. Für ihn besteht also keine naturalis obligatio. Würde man dagegen nur für den Veräußerer des Grundstücks eine unvollkommene Verbindlichkeit annehmen — was übrigens bei einem gegenseitigen Vertrag unlogisch wäre —, so käme man zu folgendem Resultat: Der Veräußerer des Grundstücks, in dessen Interesse und zu dessen Schutz der § 313 BGB. geschaffen wurde, wäre im Falle der Nichtbeachtung der schützenden Formvorschrift wenigstens naturaliter, also immerhin stärker gebunden als der mit Rücksicht auf den Charakter seiner Leistung des besonderen Schutzes in keiner Weise bedürftige Gegner.

Außerdem spricht gegen die Annahme einer Naturalobligation der Umstand, daß das Gesetz in keinem Fall aus einem Rechtsgeschäft, welches nicht der vom Gesetz erforderten Form entspricht, eine naturalis obligatio entspringen läßt, sondern in § 125 BGB. den allgemeinen Grundsatz aufstellt: „Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig.“ Ein Abweichen von diesem Prinzip könnte man nur da annehmen, wo das

Gesetz dies klar zum Ausdruck bringt. Wenn einige Schriftsteller so weit gehen, daß sie auch bei einem formlosen Schenkungs- oder Bürgschaftsversprechen eine Naturalobligation annehmen, so leugnen sie damit überhaupt jede Existenzberechtigung des § 125 BGB.

Ein deutlicher Beweis für die Nichtigkeit des formlosen Grundstücksveräußerungsvertrages ergibt sich auch aus den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch: „Hängt die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes von der Beobachtung einer Form ab, so ist das Geschäft vor Vollendung der Form nicht geschlossen. Ein Anspruch auf Errichtung der Form besteht nicht“ (Mot. I S. 182). Es wäre also, wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt hätte, anzunehmen, daß das auf Grund eines formlosen obligatorischen Vertrags aufgelassene Grundstück kondiziert werden könnte. Lediglich um diese unpraktische Folge zu vermeiden, hat man den Satz 2 des § 313 aufgenommen. „Klar und einfach und dem durch die Form erstrebten Zweck entsprechend wird die Wirkung (der Auflassung und Eintragung) dahin bestimmt, daß der für sich allein infolge Formmangels nichtige Vertrag durch die nachfolgende Übertragung des Eigentums gültig wird“ (Mot. II S. 189).

Durch den Satz 2 des § 313 BGB. bekommt der formlose Grundstücksveräußerungsvertrag eine gewisse Ähnlichkeit mit einem sogen. hinkenden Geschäft, negotium claudicans. Bei dieser Gruppe von Rechtsgeschäften treten nicht wie beim regelmäßigen Geschäftsabschluß alle Erfordernisse gleichzeitig ein, sondern liegen zeitlich auseinander, so daß sich das Geschäft seiner Entstehung nach über eine gewisse Zeitdauer ausdehnt. Hierher gehören Rechtsgeschäfte von Personen, die in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind, ohne Genehmigung des gesetzlichen Vertreters, bedingte Geschäfte

vor Eintritt der Bedingung, ferner Geschäfte ohne die erforderliche Zustimmung des Vormundschaftsgerichts. In allen diesen Fällen ist es nicht von Anfang an entschieden, ob das Geschäft gültig oder ungültig ist. Das Geschäft ist zunächst in der Schwebe.

Dagegen besteht bei einem nichtigen Geschäft kein Schwebezustand. Das Fehlen der nötigen Form entscheidet sofort die Nichtigkeit des Geschäftes. Die Form kann nicht etwa nachträglich in der Weise hinzutreten, daß sie zusammen mit den früher schon vorhandenen Voraussetzungen ein gültiges Geschäft ausmacht. Vielmehr bedarf es hier einer Neuvornahme des ganzen Rechtsgeschäftes. Daran hält auch das Bürgerliche Gesetzbuch prinzipiell fest, wie sich aus § 141 BGB. ergibt, der eine Bestätigung eines nichtigen Geschäftes nur in Gestalt einer Neuvornahme zuläßt. Im § 313 kennt dagegen das Bürgerliche Gesetzbuch, wenn die dort vorgeschriebene Form nicht eingehalten ist, eine Art der Erweckung des toten Rechtsgeschäfts durch Eintritt eines neuen lebenverleihenden Ereignisses, das mit dem nichtigen Kausalgeschäft in keinem unmittelbaren Zusammenhang steht, keine Voraussetzung und kein Bestandteil desselben ist (Gutbrod S. 115).

§ 7.

Welche Folgen ergeben sich daraus, daß der formlose Vertrag bis zur Auflassung nichtig ist?

I. Der wegen Formmangels nichtige Vertrag läßt also vor allen Dingen keine Klage auf Erfüllung zu. Es kann weder vom Käufer auf Auflassung des Grundstücks noch vom Verkäufer auf Zahlung des Kaufpreises geklagt werden. Auch

kann in einem solchen Fall wegen Mangels einer klagbaren Forderung eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums im Grundbuch nicht eingetragen werden. Käme es trotzdem zu einer solchen Eintragung, so wäre die Vormerkung nichtig; das Grundbuch würde mit der wahren Rechtslage in Widerspruch stehen, so daß seine Berichtigung verlangt werden könnte.

Auch einen Arrest zugunsten der Kaufgeldforderung aus einem Grundstückskauf dürfte der Richter nur erlassen, wenn ihm der formgerechte Abschluß des Vertrages glaubhaft gemacht würde (RG. Bd. 50 S. 163, 53 S. 226 u. 260 ff.; JurW. 1902 S. 611 Nr. 25, 1903 S. 31 Nr. 5; Schollmeyer, Komm. § 313 S. 165; Planck II § 313 Nr. 1).

Aus der Nichtigkeit des formlosen Vertrags folgt, daß auch Rechtsgeschäfte, die auf eine solche nichtige Verbindlichkeit aufgebaut sind und eine gültige Forderung zur Voraussetzung haben, nichtig sind; dies gilt insbesondere von Bürgschaften zugunsten des Grundstücksveräußerers oder Käufers; ferner von dem Versprechen einer Konventionalstrafe oder einer Draufgabe. Wird aber das Strafversprechen gerichtlich oder notariell beurkundet, so kann es aus dem Gesichtspunkt der Bestätigung des auf Eigentumsübertragung gerichteten Vertrages unter Umständen wirksam sein. Man wird aber auch hier verlangen müssen, daß in den Vertrag hinsichtlich der Konventionalstrafe der obligatorische Veräußerungsvertrag seinem ganzen Umfang nach aufgenommen wird. Wurde für die Forderung aus einem derartigen Vertrag eine Hypothek (sei es eine gewöhnliche oder eine Sicherungshypothek) bestellt, so steht dieselbe dem Eigentümer zu (§ 1163 BGB.).

II. Auch auf Erfüllung der Form kann aus einem solchen

nichtigen Vertrage nicht geklagt werden. Daher ist auch das Versprechen einer Konventionalstrafe für den Fall, daß die Partei, die mit der anderen in nichtiger Form einen Vertrag im Sinne des § 313 abgeschlossen hat, demnächst ihre Mitwirkung zur formgerechten Beurkundung des Vertrages versage, nichtig (§ 344 BGB.).

III. Nicht nur der Anspruch auf Erfüllung eines solchen formlosen Vertrages ist ausgeschlossen, sondern ebenso auch alle weiteren Ansprüche, die sich nach dem Gesetz bei der betreffenden Vertragsart ergeben. So kann z. B. aus einem formlos oder nur privatschriftlich abgeschlossenen Grundstückskauf nicht auf Wandlung, Minderung oder Schadensersatz wegen vorhandener Sachmängel geklagt werden. Selbst wenn der Vertrag formgerecht abgeschlossen wurde, aber gewisse Eigenschaften des Grundstücks nur formlos zugesichert wurden, so kann aus einem solchen Garantieversprechen keine Klage erhoben werden. Denn sind die unwahren Zusicherungen, z. B. hinsichtlich der Höhe des Ertrags formlos erfolgt, so ist der notarielle Vertrag unvollständig. Ein Vertrag in der gesetzlich vorgeschriebenen gerichtlichen oder notariellen Form besteht nicht; es fehlt also an einem bindenden Kaufvertrag. Wurde der Käufer durch die falschen Zusicherungen verleitet, den Kauf zu dem im notariellen Vertrag festgesetzten Preis abzuschließen und eine bedungene Anzahlung zu machen, so besteht für den Käufer der Schaden, den er klagweise geltend machen kann, lediglich darin, daß er auf den nichtigen Vertrag eine Anzahlung geleistet und Kosten verwendet hatte, unter Umständen auch in dem entgangenen Gewinn, wenn er durch dieses Geschäft bewogen wurde, ein anderes vorteilhafteres Geschäft auszuschlagen. Diese Schäden könnte der Käufer ersetzt verlangen, und

zwar könnte er nach § 249 BGB. verlangen, daß der Zustand hergestellt werde, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, also wenn er den Kaufvertrag, zu dem er durch die Zusicherung bestimmter Eigenschaften des Grundstücks verleitet worden ist, nicht abgeschlossen hätte. Dagegen unzulässig, weil innerlich widerspruchsvoll, wäre die Kumulation zweier Ansprüche eines Grundstückskäufers, von denen der eine dahin geht, daß der Verkäufer das Grundstück aufzulassen habe, der zweite verlangt, daß der Verkäufer wegen fehlender Eigenschaften, die er nur mündlich zugesichert habe, Schadensersatz auf Grund von §§ 823, 826 BGB. zu leisten oder eine Preisminderung auf Grund von §§ 459, 462 BGB. zu gewähren habe (RG. Bd. 56 S. 51).

Ebenso ist bei einem formungültigen Vertrag jeder Anspruch, der infolge Unmöglichkeit der Erfüllung oder Leistungsverzug gegeben wäre, ausgeschlossen.

IV. Hat ein Vertragsteil auf Grund eines formungültigen Veräußerungsvertrages eine Leistung an den Gegner gemacht, z. B. den Besitz des Grundstücks übergeben, so kann er die Leistung mit der Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückverlangen. Zahlte der Käufer auf Grund des formlosen Kaufvertrags, ehe ihm das Grundstück aufgelassen ist, so kann man auch auf Grund des § 814 BGB. nicht dazu gelangen, die Rückforderung des gezahlten Kaufpreises auszuschließen. Nach § 814 BGB. kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden:

a) Wenn der Leistende gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war;

b) wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach.

ad a) Kannte der Käufer die Nichtigkeit des Kaufvertrages, so wird trotzdem in fast allen Fällen eine Rückforderung des Kaufpreises nicht ausgeschlossen sein. Denn die hier in Betracht kommende condictio ist nicht die condictio indebiti, welche dann gegeben ist, wenn der Leistende in der Annahme, es liege für ihn eine rechtswirksame Verpflichtung vor, zahlte, sondern die condictio causa data causa non secuta. Von jener ersteren condictio allein handeln jene Worte des § 814 (erster Satzteil). Gewöhnlich wird aber der Käufer bei der Anzahlung gar nicht voraussetzen, daß eine Schuld seinerseits bestehe, also nicht zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit leisten, vielmehr lediglich in der Erwartung zahlen, daß seine Leistung in der Zukunft den erforderlichen Rechtsgrund erhalten werde. Die Annahme, daß der Kläger zum Zweck der Erfüllung einer aus einem rechtsunwirksamen Vertrag für ihn entstandenen Verbindlichkeit in Kenntnis der Rechtsunwirksamkeit dieser Verbindlichkeit gezahlt habe, würde voraussetzen, daß es die Absicht des Klägers gewesen sei, dem Beklagten entweder überhaupt oder doch für den Fall, daß der Kaufvertrag in einer rechtswirksamen Weise nicht zustande kommen sollte, eine Schenkung zu machen.

Die Klage, mit der der gezahlte Kaufpreis trotz Kenntnis der Ungültigkeit des Vertrags zurückgefordert werden kann, ist also nicht die condictio indebiti, sondern die condictio causa data causa non secuta.[1])

ad b) Nach § 814 wäre ferner die Rückforderung des Gezahlten ausgeschlossen, wenn die Leistung, die Erfüllung des wegen Formmangels nichtigen Kaufvertrages einer sitt-

---

[1]) Rechtspr. d. OLG. 3 S. 209, 4 S. 237; Seufferts Arch. Bd. 57 Nr. 219; DJZ. 1903 S. 31 Nr. 5.

lichen Pflicht entspräche. Dies ist aber sicherlich nicht der Fall. Denn das Gesetz hat aus rechtspolitischen Gründen gewisse Verträge dem Formzwang unterstellt in der Weise, daß die der Form entbehrenden Abmachungen nichtig sind, d. h. in Ansehung der gewollten Rechtswirkungen so angesehen werden, als wenn sie nicht getroffen wären. Damit hat es ausgedrückt, daß es einer Anschauung keinen Einfluß auf das Recht einräume, die es unanständig findet, eine formell nichtige Zusage unter Berufung auf den Formmangel nicht zu erfüllen. Hätte der Gesetzgeber den Standpunkt vertreten, die Erfüllung eines wegen Formmangels nichtigen Vertrages entspreche nicht einer strikten Rechtspflicht, aber einer — rechtlich nicht bedeutungslosen (§ 814) — sittlichen Pflicht, so hätte er dies sagen müssen. Damit hätte er aber nicht etwa nur einen Grundsatz der Moral, des Anstands fixiert, sondern zugleich eine rechtliche Beschränkung der Nichtigkeit ausgesprochen. Einen solchen Ausspruch hat er aber nicht getan. Ja, er hat sogar zu erkennen gegeben, daß nicht einmal die Rückforderung des Geleisteten rechtlich zu beanstanden sei; andernfalls hätte er doch, wie z. B. beim Ehemäklerlohn so auch hier bestimmen müssen, daß die Rückforderung des Geleisteten ausgeschlossen sei (Rechtspr. d. OLG. 6 S. 228).

IV. Abschnitt.

Heilung des Formmangels.

§ 8.

Hat die Heilung des ungültigen Vertrags rückwirkende Kraft?

Daraus, daß der formlos geschlossene obligatorische Liegenschaftsveräußerungsvertrag erst mit der Vollendung der Übereignung zur Entstehung gelangt, ergibt sich als notwendige Folge, daß die Heilung nach § 313 Abs. 2 keine rückwirkende Kraft haben kann.[1]) Anders verhält es sich bei einem negotium claudicans. Die Geburt eines solchen Geschäftes beginnt mit dem Zustandekommen der ersten Voraussetzung und dauert so lange, bis die sämtlichen Voraussetzungen des Rechtsgeschäftes eingetreten sind. Bei derartigen Geschäften könnte man zweifeln, ob die Rechtswirkungen vom Beginn des Entstehungsaktes ab oder erst mit dem Augenblick eintreten sollen, wo das Rechtsgeschäft durch das Vorliegen sämtlicher Prozeßvoraussetzungen perfekt wird. Für die hierher gehörigen Fälle hat daher auch das Bürgerliche Gesetzbuch ausdrückliche Vorschriften gegeben (§ 184). Bei der Heilung des nichtigen Grundstücksveräußerungsvertrags durch Auflassung kann eine entsprechende Bestimmung gar nicht in Betracht kommen, weil hier aus dem Prinzip das Gegenteil folgt.

---

[1]) vgl. Oertmann zu § 313 Nr. 7c u. die dort Zitierten.

Als weitere Beweise dafür, daß die Heilung im Fall des § 313 Abs. 2 keine rückwirkende Kraft hat, läßt sich folgendes anführen:

1. Es ist im Gesetz bei jeder Art von Unwirksamkeit ausdrücklich hervorgehoben, wann dem das Rechtsgeschäft zum endgültigen Abschluß bringenden Akte rückwirkende Kraft zukommen soll (z. B. § 184 BGB.).

2. Der Heilung durch Vornahme des Erfüllungsgeschäftes steht am nächsten die Bestätigung. Auch dieser legt das Gesetz keine rückwirkende Kraft bei. Vielmehr gilt die Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäftes als Neuvornahme desselben. Bei Nichtigkeit des Grundstücksverkaufs wegen Formmangels muß die Bestätigung in der Form des § 313 BGB. vorgenommen werden. Das wegen Formmangels nichtige Veräußerungsgeschäft wirkt erst vom Augenblick seiner formgültigen Bestätigung ab. Die Parteien sind aber verpflichtet, einander das zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Vertrag von Anfang an gültig gewesen wäre. Mit diesem letzteren Satz (§ 141 Abs. 2 BGB.) schreibt aber das Gesetz der Bestätigung noch keine rückwirkende Kraft zu.

3. Auch das historische Moment spricht für die hier vertretene Ansicht. Schon das gemeine Recht nahm an, daß die Heilung eines wegen Formmangels nichtigen Geschäftes keine rückwirkende Kraft hat (vgl. Windscheid-Kipp I § 83 Nr. 1 u. 2 Anm. 10 und Dernburg, Pand. 2. Aufl. I § 84 S. 194 f. und § 122 S. 286). An diesem Grundsatz hat auch die Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe für den Fall des § 10 des preuß. EigEG., aus dem die in Betracht kommende Heilung vom Bürgerlichen Gesetzbuch übernommen wurde, festgehalten und ausgesprochen, daß bei Liegenschaftsveräußerungsverträgen die Heilung durch Übereignung der

rückwirkenden Kraft entbehre. Hätte das Gesetz an diesem Grundsatz etwas ändern wollen, so hätte dieser entgegengesetzte Standpunkt in den Materialien oder im Gesetz selbst seinen Ausdruck gefunden. Als Tag des Vertragsschlusses kommt daher nicht der Tag in Betracht, an dem der nichtige Abschluß vorgenommen wurde, sondern der Tag, an dem sich die Übereignung vollzogen hat, d. h. der Tag der Eintragung bezw. wenn diese vor der Einigung erfolgte, der Tag der Auflassung.

Planck behauptet, daß das Gesetz die Auflassung wie eine in der vorgeschriebenen Form erfolgende Bestätigung des zugrunde liegenden Vertrages (§ 141 BGB.) behandle, woraus zu folgern sei, daß die Parteien verpflichtet seien, einander das zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Vertrag von Anfang an gültig gewesen wäre. Dagegen läßt sich aber einwenden, daß § 141 eine Bestätigung voraussetzt, welche in formellen und materiellen Beziehungen den Erfordernissen des bestätigten Rechtsgeschäfts entspricht, während die Auflassung nur die formellen Mängel des obligatorischen Vertrages heilt. Kam z. B. der obligatorische Vertrag unter Einfluß einer arglistigen Täuschung zustande und wurde auch die Auflassung unter Fortdauer des Einflusses der Täuschung vorgenommen, so kann von einer Bestätigung des anfechtbaren Kausalvertrags keine Rede sein. Erkannte dagegen der Getäuschte nach Abschluß des obligatorischen Vertrages den Betrug, schloß er aber trotzdem den dinglichen Vertrag, so liegt darin gleichzeitig eine Bestätigung des anfechtbaren Kausalgeschäftes. In diesem Fall werden also durch nachfolgende Auflassung und Eintragung nicht nur der Formmangel, sondern auch materielle Mängel des Kausalgeschäftes geheilt. Notwendige Folge der Auflassung und

Eintragung ist dies aber nicht immer. Denn die materiellen obligatorischen Rechtsbeziehungen unter den Parteien zu regeln, sind die Auflassungserklärungen nicht bestimmt.

Trotzdem wird eine sinngemäße Anwendung der Auslegungsregel des § 141 Abs. 2 nicht von der Hand zu weisen sein.[1]) Einer vernünftigen Auslegung des Willens der Parteien wird es aber niemals entsprechen, so weit zu gehen, daß man den Beginn der Verjährung auf einen vor der Auflassung liegenden Zeitpunkt zurückverlegt. Denn nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch sowohl wie schon nach gemeinem Recht läuft die Frist erst von der actio nata ab. Deshalb kann im Fall der Nichtigkeit wegen Formmangels auch der Lauf der Gewährleistungsfrist erst mit der Übereignung des Grundstücks beginnen. Daran ändert auch die Bestimmung des § 477 BGB. nichts, wonach der Ablauf der Gewährleistungsfrist schon mit der Übergabe des Grundstücks beginnen soll.

Eine weitere Folge davon, daß der Heilung nach § 313 Satz 2 keine rückwirkende Kraft zukommt, ist:

Wenn bei einem formell gültig geschlossenen Kauf eine Eigenschaft zugesichert wird, so kann der Käufer Anspruch auf Schadensersatz nur erheben, wenn zur Zeit des Kaufabschlusses die zugesicherte Eigenschaft fehlte. Das gleiche gilt, wenn der Verkäufer den Fehler arglistig verschwiegen hat. War der Kauf formell ungültig und wird er erst durch die spätere Grundstücksübereignung geheilt, so haftet der Verkäufer, selbst wenn er das Grundstück schon vorher zu Besitz übertragen hatte, wegen der Fehler, welche zwischen dem Abschluß des nichtigen Vertrages und der Auflassung durch Zufall eingetreten sind, auf Schadensersatz;

[1]) Staudinger zu § 313

ebenso wenn er vor der Übereignung von einem Fehler Kenntnis erlangt und diesen bei der Übereignung dem Käufer arglistig verschweigt.

Andererseits kommt für die Frage, ob die Haftung des Verkäufers für einen Gewährsmangel infolge Kenntnis des Käufers ausgeschlossen ist, bei nichtigen Verträgen die Zeit des Eigentumsübergangs in Betracht. Kannte der Käufer den Mangel bei Abschluß des nichtigen Vertrages nicht, wohl aber im Augenblick der Auflassung, so ist der Verkäufer von jeder Haftung frei (§ 460 BGB.). Dies ist auch von Bedeutung für die Beurteilung der Frage, ob dem Käufer ein Sachmangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Denn unter dieser Voraussetzung wird der nicht arglistige Verkäufer, falls er nicht Abwesenheit des Fehlers zugesagt hatte, haftfrei. Eine grobe Fahrlässigkeit wird regelmäßig dann vorliegen, wenn dem Käufer auf Grund des nichtigen Vertrages die Sache übergeben war, er aber bis zur Heilung jede Untersuchung unterlassen hat.

§ 9.

Die einzelnen Erfordernisse der Heilung.

Zur Heilung der Nichtigkeit des formlosen Veräußerungsvertrages ist erforderlich, daß in der Tat erfüllt ist, d. h. daß Auflassung und Eintragung erfolgten. Denn das sind die beiden zum Übergang des liegenschaftlichen Eigentums und bedingt notwendigen Momente (§§ 873, 925 BGB.). Schon vor der Eintragung sind jedoch die Beteiligten an die Einigung, daß das Eigentum übergehen solle, gebunden, sobald sie die Auflassung vor dem Grundbuchamt (oder in Bayern vor einem

bayrischen Notar, EG. z. BGB. Art. 143, AG. z. BGG. Art. 81) erklärt haben. Nur mit beiderseitigem Einverständnis kann die Erklärung zurückgezogen und der Eintrag verhindert werden. Trotzdem ist der formlose Vertrag erst erfüllt, wenn auch die Eintragung hinzukommt. Erst in diesem Moment wird er gültig. Es genügt weder die Auflassung noch die Eintragung allein. Es kann also, wenn die Eintragung ohne Auflassung erfolgt ist, der bisherige Eigentümer den Einwand der Nichtigkeit noch immer erheben und aus diesem Grund einen Widerspruch im Grundbuch eintragen lassen. Ist dagegen die Eintragung noch nicht erfolgt, haben aber beide Parteien bei der Auflassung mitgewirkt und sich damit auch eine der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung erteilt, so gibt es für den Veräußerer und den Erwerber keine Möglichkeit mehr, die Nichtigkeit geltend zu machen, da sie gemäß § 873 Abs. 2 BGB. an die Einigung gebunden sind und der Grundbuchbeamte verpflichtet ist, sobald die Bewilligung sich in Ordnung befindet, die Eintragung vorzunehmen.

Damit nun der Auflassung und Eintragung die heilende Wirkung zukommt, müssen beide Akte dem Inhalt des obligatorischen Vertrages entsprechen.

A. Hinsichtlich der Auflassung ist also erforderlich:

1. Daß sie an den im obligatorischen Vertrag bezeichneten Erwerber erfolgt.[1]) Wird also z. B. einem Bevollmächtigten des Erwerbers das Grundstück auf seinen Namen aufgelassen und der Bevollmächtigte auch als Eigentümer eingetragen, so werden dadurch die zwischen den Vertragschließenden ohne Beobachtung der in § 313 BGB. vorgeschriebenen Form

[1]) Turnau-Förster I zu § 313 Anm. 7.

getroffenen Vereinbarungen noch nicht gültig. Sie werden erst gültig, wenn der Bevollmächtigte seinem Vollmachtgeber die Auflassung erteilt und dieser als Eigentümer eingetragen wird.

Besondere Erwähnung verdient hier auch folgender Fall: Im Verkehr mit Grundstücken kommt es vor, daß mehrere Veräußerungsverträge über dasselbe Objekt hintereinander geschlossen werden und zwecks Ersparung von Kosten die Auflassung unter Übereinstimmung aller Beteiligter vom ersten Verkäufer unmittelbar an den letzten Käufer erfolgt. Es erhebt sich hier nun die Frage, wie diese eine Auflassung auf die verschiedenen formlos geschlossenen Kaufverträge einwirkt. Durch diese Auflassung tritt nicht bloß der erste Verkäufer in obligatorische Beziehungen zum letzten Käufer, vielmehr werden durch eine solche Auflassung die sämtlichen dazwischen liegenden formlosen Verträge erfüllt. Z. B. X verkauft das Grundstück an Y, dieser verkauft es weiter an Z. Beide Kaufverträge wurden formlos geschlossen. Die Auflassung erfolgte im Einverständnis aller von X direkt an Z. Durch den ersten Kaufvertrag verpflichtete sich Y, seinem Verkäufer X die verkaufte Sache abzunehmen. Aber ein Anspruch des X gegen Y, daß letzterer auch Eigentümer würde, bestand nicht. Dem Y stand es vielmehr frei, die Befugnisse, die ihm das obligatorische Verhältnis einräumte, selbst oder durch einen andern auszuüben. Diesen Vertrag erfüllte sonach Y dadurch, daß auf seine Anweisung X direkt an Z statt an Y aufließ.

Durch den zweiten Kaufvertrag (zwischen Y u. Z) verpflichtete sich Y dem Z gegenüber, letzterem das Eigentum am Grundstück zu verschaffen. Wer dem Z das Eigentum überträgt, ist für ihn ohne jedes Interesse, wenn es ihm nur in Erfüllung des Vertrages gewährt wurde. Y erfüllt sonach

seine Verpflichtung gegen Z dadurch, daß er den X anweist, das Eigentum unmittelbar an Z zu übertragen und X diesem Auftrage nachkommt. Es wurden also durch die eine Auflassung und Eintragung beide Kaufverträge erfüllt, und es besteht sonach kein Grund, die heilende Wirkung auf einen der beiden Verträge zu beschränken.[1])

Tritt der Käufer seine Rechte aus dem von ihm abgeschlossenen Kaufvertrag an einen Dritten ab, so bleibt er seinem Verkäufer aus dem Vertrag zur Erfüllung verpflichtet und die auf seine Veranlassung vom Verkäufer dem Dritten erteilte Auflassung gilt ihm gegenüber ebenso als Erfüllung, als wenn die Auflassung an ihm selbst stattgefunden hätte. Ist aber der Dritte mit Bewilligung des Verkäufers ganz an die Stelle des Käufers getreten, so daß letzterer aus dem Vertragsverhältnis völlig ausscheidet, liegt also mit anderen Worten eine Zession und eine Schuldübernahme (§ 414 BGB.) vor, so wird dadurch die direkte obligatorische Beziehung des Dritten zum Verkäufer hergestellt. Es werden also, wenn die Auflassung und Eintragung erfolgt, die zwischen den ursprünglichen Kontrahenten, wenn auch formwidrig getroffenen Vereinbarungen auch dem Dritten gegenüber gültig.

Wurde in dem oben erwähnten Beispiel das Grundstück von dem Eigentümer in formloser Weise verkauft, von dem Käufer formlos weiterveräußert und vom ersten Verkäufer ohne Einwilligung des ersten Käufers dem letzten Käufer zu Eigentum übertragen, so tritt eine Heilung des dazwischenliegenden Vertrages nicht ein; denn der erste Verkäufer und der letzte Käufer, zwischen denen Rechtsbeziehungen nicht bestehen, können die dazwischenliegenden nicht zwingen,

---

[1]) Seufferts Arch. Bd. 55 Nr. 7.

einen nichtigen Vertrag zu erfüllen und zu einem gültigen zu machen. Nur durch die Zustimmung des Zwischenberechtigten zur Übereignung an den letzten Käufer wird zugleich der dazwischenliegende formungültige Vertrag geheilt. Auch § 362 BGB. verlangt durch den Hinweis auf § 185 BGB. eine derartige Genehmigung.

Anders ist es dagegen bei der Abtretung. Denn hier liegt schon in der Abtretung das Einverständnis des bisherigen Gläubigers, daß an den neuen zu leisten sei.

2. Die Auflassung muß sich auf dasselbe Grundstück beziehen wie der formlose Veräußerungsvertrag.

a) Wird bei der Auflassung das Grundstück falsch bezeichnet, so ist lediglich aus diesem Grunde die Auflassung noch nicht ungültig. Eine solche falsa demonstratio kann durch Erklärungen der Parteien berichtigt werden. Wird der Erwerber als Eigentümer des Grundstücks, welches in der Tat übereignet werden sollte, ins Grundbuch eingetragen, so tritt trotz falscher Bezeichnung bei Gelegenheit der Auflassung die Heilung des obligatorischen Vertrages ein.

b) Ist der formlose Vertrag über mehrere Grundstücke geschlossen worden und wird nur eines der verschiedenen Grundstücke aufgelassen, so erhebt sich die Frage, ob der obligatorische Vertrag bezüglich sämtlicher Grundstücke oder nur bezüglich der aufgelassenen Grundstücke gültig wird, oder ob der ganze Vertrag nichtig bleibt bis sämtliche Grundstücke aufgelassen sind.[1]) Sämtliche drei Ansichten werden vertreten.[2])

---

[1]) s. Oertmann zu § 313 Nr. 7bα und die dort Zitierten.

[2]) Für die Gültigkeit des ganzen Vertrages ist Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2, 1 § 80 IV a. E.; für teilweise Gültigkeit: Planck zu § 313; Seufferts Arch. 58 S. 390; Rechtspr. d. OLG. VI S. 43; für Ungültig-

Im allgemeinen kann man sagen, daß durch die Auflassung eines Grundstücks der Vertrag nur in bezug auf dieses Grundstück gültig wird, denn die Auflassung und Eintragung bilden die Ursache der Heilung des formlosen Vertrags. Nur insoweit diese ursächliche Grundlage vorhanden ist, kann auch ihre Wirkung gehen. Wenn daher der Verkäufer von zwei durch formlosen Vertrag verkauften Grundstücken nur das eine Grundstück auflässt und der Käufer als Eigentümer nur dieses einen Grundstücks eingetragen wird, so wird der formlose Vertrag durch diese Auflassung und Eintragung nur bezüglich des aufgelassenen, nicht auch bezüglich des andern mitverkauften Grundstücks gültig.

Auch das historische Moment spricht für die hier vertretene Ansicht. Der Abs. 2 des § 313 BGB. schließt sich an den § 10 des preuß. EigEG. und der auf dem Boden dieser Bestimmung erwachsenen Praxis an. Diese Praxis steht auf dem Standpunkt, daß die Auflassung und Eintragung ihre formheilende Wirkung nur dann ausüben, wenn der Gegenstand der Auflassung und Eintragung völlig identisch ist mit dem Gegenstand des zugrunde liegenden Veräußerungsgeschäftes. Nur soweit diese Identität vorliegt, reicht auch die formheilende Kraft der Auflassung und Eintragung. Wenn daher von zwei durch formlosen Vertrag verkauften Grundstücken der Verkäufer nur das eine Grundstück dem Käufer auflässt und dieser als Eigentümer nur dieses einen Grundstücks eingetragen wird, so wird der formlose Vertrag durch diese Auflassung und Eintragung nur bezüglich dieses aufgelassenen, nicht auch bezüglich der andern mitverkauften Grundstücke formgültig.

---

keit des ganzen Vertrags: Brettner im Recht 1901 S. 489; Warneyer, BGB. zu § 313 Nr. 32.

Auch wenn der Wille beider Teile dahin gegangen ist, durch die Auflassung des einen Grundstücks zugleich die Eigentumsübertragung der anderen mitverkauften Grundstücke zu bewirken, so ändert dies nichts an der Tatsache, daß die Parteien die nach § 925 BGB. zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück erforderliche Einigung nur in bezug auf das eine Grundstück erklärt haben und daß der Käufer demzufolge auch nur als Eigentümer dieses Grundstücks im Grundbuch eingetragen worden ist.

Die von Brettner im „Recht“ 1901 S. 489 vertretene Ansicht ist insofern richtig, als eine teilweise Heilung zu verneinen ist, wenn der Vertrag über die mehreren Grundstücke als ein einheitlicher geschlossen ist, d. h. wenn die mehreren Grundstücke nur als eine Gesamtheit verkauft und gekauft werden sollten, gleich als wenn sie nur ein Grundstück wären. Denn hier ist nicht anzunehmen, daß der Vertrag auch ohne den nichtigen Teil gewollt wäre (§ 139 BGB.). In den meisten hier in Betracht kommenden Fällen wird übrigens in der Beschränkung der Auflassung auf eines der formlos veräußerten Grundstücke ein Abgehen der Parteien von dem ursprünglichen Vertrag und die Neubegründung eines nur auf das wirklich aufgelassene Grundstück bezüglichen Vertrages liegen.

Ähnlich ist zu entscheiden, wenn nur ein Teil des verkauften Grundstücks aufgelassen wird.[1]) Die herrschende Ansicht läßt in einem solchen Fall überhaupt keine Heilung eintreten, weil die Identität des in dem obligatorischen Vertrag genannten und des übereigneten Grundstücks fehle. Dagegen läßt sich einwenden: der obligatorische Vertrag wurde teilweise erfüllt. Es ist daher nicht einzusehen, warum eine

[1]) Warneyer, BGB. zu § 313 Nr. 30.

Anwendung des § 139 BGB. auf solche Fälle ausgeschlossen sein soll. In der Tat wird in fast allen derartigen Fällen anzunehmen sein, daß der Vertrag auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Denn sonst hätten die Parteien keinen Grund gehabt, die Auflassung auf einen Teil des Grundstücks zu beschränken. Gegen die herrschende Ansicht läßt sich weiter geltend machen: Da der obligatorische Vertrag formlos geschlossen wurde, also für keinen Teil bindend ist, kann nachträglich vereinbart werden, daß nicht das ganze Grundstück, sondern nur ein Teil desselben veräußert werden solle. Eine solche Vereinbarung kann auch stillschweigend getroffen werden. Dann wird durch die Auflassung nur der zuletzt über den Teil des Grundstücks geschlossene Vertrag geheilt. Der ursprüngliche nur privatschriftlich oder mündlich geschlossene Veräußerungsvertrag wurde aufgehoben und durch einen neuen, wenn auch nur stillschweigend vereinbarten, Vertrag ersetzt, bezüglich dessen allein die heilende Wirkung des Satzes 2 § 313 BGB. eintrat.[1])

Aus dem oben aufgestellten Satz, daß die Heilung nur eintritt, wenn die Auflassung dem Inhalt des obligatorischen Vertrages entspricht, ergibt sich, daß ein formloser Tauschvertrag über zwei Grundstücke nur dann geheilt wird, wenn beide Teile ihr Grundstück gegenseitig aufgelassen haben und als Erwerber eingetragen wurden.[2]) Denn wird nur ein Grundstück aufgelassen, so kann man von einer teilweisen Heilung der Nichtigkeit nicht reden, da der Vertrag ein einheitlicher ist und an beiderseitiger Nichtigkeit krankt. Auch daraus, daß der Tauschvertrag über zwei Grundstücke nur gültig ist, wenn die Beurkundung sich auf beide Grundstücke

[1]) Anders Gutbrod S. 111.

[2]) vgl. Oertmann zu § 313 Nr. 7 b β.

erstreckt, folgt, daß auch der Ersatz der Beurkundung, die Auflassung und Eintragung, sich auf beide Grundstücke beziehen muß.

Für die Entscheidung dieser Frage in dem hier vertretenen Sinn spricht auch die Geschichte dieses Satzes 2 des § 313 BGB. Der § 10 des preuß. EigEG., aus dem jene Bestimmung ins Bürgerliche Gesetzbuch übernommen wurde, weist in seinem Wortlaut eine Abweichung von der entsprechenden Bestimmung des Satzes 2 § 313 BGB. auf. Während nach § 10 l. c. die mangelnde Form des Rechtsgeschäftes, in dessen Veranlassung die Auflassung erfolgte, durch die Auflassung geheilt wird, bestimmt § 313 Satz 2, daß ein ohne Beobachtung der Form geschlossener Vertrag seinem ganzen Inhalt nach gültig wird, wenn die Auflassung und Eintragung ins Grundbuch erfolgen. Es läge zunächst nahe, aus diesem Wortlaut des § 313 Satz 2 BGB. eine Folgerung auf die hier zur Entscheidung stehende Frage dahin zu ziehen, daß bei einem formlosen Tauschvertrag schon der Auflassung des einen Grundstücks die heilende Wirkung zukomme. Diese Folgerung wäre aber falsch. Denn die Motive heben ausdrücklich hervor, daß die Worte „seinem ganzen Inhalt nach“ nur eingeschoben wurden, um die in der preußischrechtlichen Literatur streitige Frage über die Gültigkeit von Nebenverabredungen abzuschneiden. Dagegen die hier zu entscheidende Frage wollte von der Gesetzgebung ganz unberührt gelassen werden. Schon im preußischen Recht war es streitig, ob bei Tauschverträgen über Grundstücke die Auflassung von der einen Seite genüge, um nach dem § 10 l. c. den Vertrag auch für den andern Teil verbindlich zu machen. Vom Reichsgericht und hervorragenden Schriftstellern wurde diese Frage in verneinendem Sinn entschieden.

Hätte man bei den Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch einer solchen feststehenden Praxis und der Rechtslehre bei der Abfassung des § 313 BGB. entgegentreten wollen, so hätte dies ausdrücklich gesagt werden müssen. Eine Andeutung hierfür findet sich aber weder in den Motiven, noch in den weiteren Stadien, die der Entwurf durchlaufen hatte, bevor seine Vorschrift im § 313 BGB. Gesetzeskraft erlangte.[1])

Wird dagegen der Tauschvertrag in der Form zweier Kaufverträge geschlossen und wird nur ein Grundstück aufgelassen, so ist der Vertrag insoweit gültig.

B. Auch die Eintragung muß dem Inhalt des obligatorischen Vertrages entsprechen, damit ihr die heilende Wirkung des Satzes 2 des § 313 BGB. zukommt.[2]) Nach preuß. Recht trat die Heilung des Formmangels bereits mit der Auflassung ein. Daher waren irrtümliche Bezeichnungen bei der Auflassung, wenn nur der Wille der Parteien aus den Erklärungen heraus interpretiert werden konnte, selbst dann bedeutungslos, wenn bei dem Vollzug der Eintragung ein Irrtum unterlief. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch wird aber der Formmangel nur dann geheilt, wenn Auflassung und Eintragung zusammentreffen. Auch nach Bürgerlichem Gesetzbuch ist eine falsche Bezeichung für den Bestand rechtsgeschäftlicher Erklärungen bedeutungslos. Die Eintragung steht aber im Gegensatz zur Auflassung nicht unter der Herrschaft des Parteiwillens. Daher gelten für sie auch nicht die Auslegungsregeln, die sich auf den Parteiwillen beziehen, z. B. nicht § 133. Vielmehr wohnt der Eintragung genau der Sinn inne, den ihr Wortlaut wiedergibt. Es kann sich hier nicht um eine Auslegung und Fest-

---

[1]) Anders Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 3 § 90 a. E.

[2]) Turnau-Förster zu § 313 Anm. 7b.

stellung des Parteiwillens handeln; denn die Eintragung ist eine in Verwirklichung des Willens hervorgebrachte äußerliche Tatsache.

Die falsche Eintragung läßt sich also nicht deklarieren; sie ist nichtig und muß durch eine andere Eintragung ersetzt werden. Einer nichtigen Eintragung kann aber nicht die Wirkung des § 313 Satz 2 zukommen. Als Beispiel kommt hier insbesondere der Fall in Betracht, daß der Grundbuchrichter den Erwerber aus Versehen als Eigentümer des Grundstücks A statt des aufgelassenen Grundstücks B eingetragen hat.

§ 10.

Umfang der heilenden Wirkung der Auffassung und Eintragung.

I. Es erhebt sich nun die Frage, in welchem Umfang der formlose Vertrag durch Auflassung und Eintragung geheilt wird. Schon aus dem Wortlaut des Satzes 2 des § 313 BGB. folgt, daß der Vertrag seinem ganzen Inhalt nach gültig wird, wenn Auflassung und Eintragung erfolgen. Wie alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Parteien der Vertrag zusammensetzen soll, formbedürftig sind, so werden diese, wenn nur formlos getroffen, durch nachträgliche Erfüllung gültig.

Vereinbarungen, welche zwar Gegenstand desselben Vertrages sind, aber sich weder auf das Grundstück noch auf die hierfür zu gewährenden Gegenleistungen beziehen, werden nur dann von der heilenden Wirkung der Auflassung und Eintragung erfaßt, wenn sie in den Rahmen des Veräußerungsvertrages fallen, d. h. wenn sie Teile eines einheitlichen und unteilbaren Vertrages sind. Die Frage aber, ob ein einheitlicher Vertrag vorliegt, ist tatsächlicher Natur und deckt sich

mit der Frage, ob der Veräußerungsvertrag über das Grundstück nach dem für den konkreten Fall zu ermittelnden Willen der Parteien auch ohne jene Vereinbarung geschlossen worden wäre. Liegt ein solcher einheitlicher Vertrag vor, so werden alle seine Bestandteile bildenden Vereinbarungen durch Auflassung und Eintragung gültig. Hier muß aber wieder unterschieden werden:

a) Bedürfen solche Vereinbarungen über Nebenleistungen, z. B. die Verpflichtung des Veräußerers, dem Erwerber auch das Eigentum an Mobilien zu übertragen oder ihm eine Forderung abzutreten, an und für sich keiner Form, so kann von einer direkten Anwendung des § 313 BGB. keine Rede sein, da ihnen kein Formmangel anhaftet. Aber sie werden von jener Vorschrift doch indirekt betroffen. Wegen der einheitlichen und unlöslichen Verbindung sind sie nämlich nichtig, wenn der Hauptvertrag, der obligatorische Grundstücksveräußerungsvertrag nichtig ist; sie werden gültig, wenn der Hauptvertrag durch Auflassung und Eintragung gültig wird. Z. B. in dem obligatorischen Grundstücksveräußerungsvertrag ist als Bestandteil desselben ein Vertrag zugunsten eines Dritten formlos getroffen. Dadurch, daß diese Vereinbarung zugunsten des Dritten nicht beurkundet ist, ist der ganze Vertrag nichtig, wenn dieser Bestandteil des Veräußerungsvertrages so wesentlich ist, daß sich annehmen läßt, es wäre der Hauptvertrag nicht ohne jene nichtige Vereinbarung getroffen worden. Erfolgt aber auf Grund dieses wegen Formmangels nichtigen Kausalgeschäftes nachträglich Auflassung und Eintragung, so wird dieser Mangel dadurch geheilt. Es wird also der ganze Vertrag gültig und der Dritte erwirbt die zu seinen Gunsten bedungenen Rechte gemäß §§ 328 ff. BGB.

b) Sind dagegen solche Nebenvereinbarungen selbst an

eine bestimmte Form gebunden, so werden sie von der Vorschrift des § 313 BGB. auch direkt betroffen. Eine solche an und für sich formbedürftige Nebenvereinbarung liegt z. B. in der Verabredung, daß der Erwerber verpflichtet sein soll, eine vom Veräußerer an einen Dritten bereits früher formlos verkaufte Parzelle für den mit dem Dritten vereinbarten Kaufpreis diesem aufzulassen. In diesem Fall kann nach erfolgter Auflassung der Veräußerer oder auf Grund einer von diesem erteilten Rechtsabtretung der Dritte gegen den Erwerber auf Auflassung der Parzelle gegen Zahlung des Kaufpreises klagen. Denn hier wird das ganze Grundstück von der Auflassung und Eintragung ergriffen.

Verpflichtet sich dagegen eine Partei zur Veräußerung eines anderen selbständigen Grundstücks, so wird durch die nur auf das eine Grundstück bezügliche Auflassung und Eintragung der Formmangel des obligatorischen Vertrags über das andere Grundstück nicht geheilt. Z. B. der Erwerber A des Grundstücks X hat bei Abschluß des formlosen Veräußerungsvertrags dem Verkäufer formlos versprochen, er würde das Grundstück Y dem C auflassen. Durch die Auflassung des Grundstücks X an A wird der über dieses Grundstück geschlossene Vertrag geheilt. Da aber, wie oben erörtert, die heilende Wirkung nur eintritt, soweit der Gegenstand der Auflassung und Eintragung sich mit dem Gegenstand des zugrunde liegenden Veräußerungsgeschäftes deckt, so bleibt der Vertrag über das Grundstück Y ungültig. Ist dagegen anzunehmen, daß der Vertrag über das Grundstück X nicht ohne den über das Grundstück Y getroffen worden wäre, so kommt der Auflassung und Eintragung, welche sich nur auf das eine Grundstück bezieht, überhaupt keine heilende Wirkung zu.

II. Die der Auflassung und Eintragung im § 313 Satz 2 BGB.[1]) zugeschriebene Wirkung beschränkt sich auf die obligatorischen Beziehungen der Vertragschließenden untereinander. Sie erstreckt sich dagegen nicht auf Rechtsgeschäfte, welche einer der Vertragschließenden mit einem Dritten abgeschlossen hat. Wenn sich z. B. der Käufer in oder neben dem Kaufvertrag über ein Grundstück zu einer schenkweisen Leistung an einen Dritten diesem Dritten gegenüber verpflichtet, so wird der Mangel der für diese Verpflichtung erforderlichen Form (§ 518 BGB.) durch die Auflassung und Eintragung nicht geheilt. Verpflichtete sich dagegen der Käufer dem Verkäufer gegenüber, dem Dritten zu schenken, so kann der Verkäufer nach der Auflassung und Eintragung auf Erfüllung klagen.

III. Die heilende Wirkung der Auflassung und Eintragung tritt nicht nur hinsichtlich des formlosen Vertrages und seiner Nebenvereinbarungen ein, sondern auch hinsichtlich der formlosen Nebenverabredungen neben einem formgültigen Hauptvertrage. Voraussetzung für die Heilung der letzteren ist aber, daß der Vertragswille der Parteien, wie er zur Zeit der Auflassung besteht, die neben dem gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrag getroffenen Vereinbarungen ausdrücklich oder stillschweigend umfaßt. Es macht dabei keinen Unterschied, ob diese Vereinbarung vor, bei oder nach der Beurkundung getroffen wurde. Gültig wird daher z. B. eine Vereinbarung, welche in einem privatschriftlichen Vertrag enthalten war, in dem gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrag aber fehlt, sofern nur nachgewiesen wird, daß die

---

[1]) Turnau-Förster zu § 313 S. 347 Anm. 3.

Parteien sie bei der Auflassung aufrechterhalten wollten. Die Beweislast gestaltet sich folgendermaßen:

1. Behauptet eine Partei, es seien vor der Beurkundung des notariellen Vertrages Vereinbarungen getroffen worden, welche nicht in den formgerechten Vertrag aufgenommen wurden, so muß sie beweisen:

a) daß diese Vereinbarung getroffen wurde;

b) daß diese Vereinbarung, obwohl sie nicht beurkundet wurde, trotzdem nach dem Willen der Parteien maßgebend sein sollte und bezüglich derselben zur Zeit der Auflassung noch Willensübereinstimmung bestand.

2. Behauptet eine Partei, es seien bei Abschluß des notariellen Vertrags oder nachher noch Vereinbarungen getroffen worden, welche den formgerechten Vertrag ergänzen, so ist auch hier der Nachweis erforderlich, daß zur Zeit der Auflassung noch Willensübereinstimmung bezüglich derselben bestand. Turnau-Förster behauptet, es genüge in einem solchen Fall der Nachweis, daß die Vereinbarung wirklich getroffen worden sei.[1]) Sache des Gegners sei es, darzutun, daß diese Verabredung vor der Auflassung wieder rückgängig gemacht worden sei und der Vertragswille der Parteien zur Zeit der Auflassung jene Vereinbarungen nicht mehr umfaßt habe. Diese Ansicht ist meines Erachtens nicht richtig. Maßgebend für das Gültigwerden einer solchen formlosen Vereinbarung ist der Zeitpunkt der Auflassung. Daher muß derjenige, der sich auf eine derartige Verabredung beruft, zur Begründung seiner Klage behaupten und im Bestreitungsfall beweisen, daß die Voraussetzungen für die Rechtsgültigkeit jener Verabredung gegeben sind, d. h. daß

[1]) Turnau-Förster zu § 313 S. 345 Anm. 1.

der Wille der Parteien zur Zeit der Auflassung jene Verabredung noch umfaßt hat. Dies gehört unbedingt zur Klagebegründung. Dieser Nachweis mag zwar schwer sein, es liegt aber darin ein Ansporn, solche Vereinbarungen notariell zu beurkunden. Für die Frage der Beweislast ist es also einerlei, ob sich die Vereinbarungen nur als vervollständigende Zusätze des notariell beurkundeten Vertrages darstellen, oder ob sie derart sind, daß sie dem Inhalt des formgerechten obligatorischen Vertrages widersprechen.

Behauptet dagegen der auf Grund eines formgerechten Grundstücksveräußerungsvertrags Beklagte, daß nach der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, aber noch vor der Auflassung eine Vereinbarung getroffen worden sei, welche mit dem Inhalt des formgerechten Vertrages in Widerspruch stehe, so trifft ihn die Beweislast für diese abändernde Bestimmung. In keinem Fall reicht aber die nackte Behauptung aus, daß der formgültige Vertrag abgeändert sei, vielmehr muß der Inhalt der abändernden Bestimmungen dargelegt und bewiesen werden. Der Kläger hat die Entstehung seines Anspruchs dadurch bewiesen, daß er sich auf die Urkunde beruft. Nach allgemeinen Grundsätzen trifft nun den Beklagten der Beweis dafür, daß dieser Anspruch wieder erloschen ist, d. h. daß der formgerechte Vertrag durch nachträgliche Vereinbarung wieder aufgehoben oder abgeändert worden sei.

§ 11.

Ersatz der Auflassungserklärung durch rechtskräftiges Urteil und Einfluß desselben auf formlose Nebenvereinbarungen.

Nach § 894 ZPO. gilt eine Erklärung als abgegeben, wenn der Schuldner zur Abgabe derselben verurteilt ist und das Urteil die Rechtskraft erlangt hat.

Streng genommen paßt jedoch die Bestimmung des § 894 ZPO. nicht auf die Auflassungserklärungen, weil diese nach § 925 BGB. bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile erklärt werden müssen. Diesem Erfordernis wird aber durch die rechtskräftige Verurteilung des einen Teils nicht genügt. Denn während die Erklärung des Verurteilten schon mit dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils als abgegeben gilt, kann die des Klägers naturgemäß erst hinterher erfolgen. Der obsiegende Kläger hat sich nach Eintritt der Rechtskraft mit dem Urteil und dem Zeugnis der Rechtskraft zur zuständigen Auflassungsstelle zu begeben und dort seine Erklärungen abzugeben. Bevor er dies getan hat, tritt eine dingliche Bindung seines Willens nicht ein, während der andere Teil schon mit dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils dinglich gebunden ist. Auch die Fiktion, daß der obsiegende Teil mit dem Urteil gleichsam die Person des Verurteilten und dessen Auflassungserklärung zum Grundbuchamt trage, hilft nicht über die Bedenken hinweg, daß es an der im § 935 BGB. vorausgesetzten gleichzeitigen Bindung des Willens beider Teile fehlt. Trotzdem besteht aber kein Zweifel, daß § 894 ZPO. auf die Auflassungserklärungen Anwendung zu finden hat. Dies ergibt sich klar aus der Vorgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Die 2. Kommission hat die Aufnahme einer

besonderen Bestimmung für die Auflassung abgelehnt, weil auch ohnedies nicht verkannt werden würde, daß, wenn eine Partei zu der von ihrer Seite zur Auflassung erforderlichen Erklärung rechtskräftig verurteilt ist, diese Erklärung nach § 894 ZPO. als abgegeben gelten müsse. Es genüge daher zur Erfüllung der im § 925 BGB. vorgeschriebenen Form, wenn die andere Partei unter Vorlegung eines Zeugnisses über die Rechtskraft des Urteils oder im Fall des § 894 Abs. 1 Satz 2 einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils die ihrerseits erforderliche Erklärung vor dem Grundbuchamt abgibt. Die Anwendung des § 894 ZPO. auf derartig formalisierte Erklärungen wie die zur Auflassung erforderlichen sei bisher in der Wissenschaft und Praxis nie bezweifelt worden.

Es ergibt sich danach der der Vorschrift des § 925 BGB. gegenüber anormale Zustand, daß zwar die Auflassung sich erst durch die fingierte gleichzeitige Abgabe der Erklärungen vor dem Grundbuchamt vollzieht, der eine Teil aber schon vorher so gebunden ist, als wenn die Auflassung bereits zur Zeit des Eintritts der Rechtskraft des Urteils erfolgt wäre. Es bleibt darnach nur die Annahme übrig, daß durch § 894 ZPO. eine Ausnahme von dem im § 925 Abs. 1 BGB. aufgestellten Erfordernis der Gleichzeitigkeit begründet wird, da die Auflassung sich in diesem Fall in zwei zeitlich und räumlich getrennten Akten vollzieht.[1])

Da aber nach Bürgerlichem Gesetzbuch auf Auflassung und Eintragung nur auf Grund eines gültigen, also formgerecht geschlossenen Vertrages geklagt werden kann, so kann sich die heilende Wirkung der beiden Akte nur auf

---

[1]) Turnau-Förster zu § 313 Anm. 8.

formlose Nebenvereinbarungen, welche neben einem formgültigen obligatorischen Vertrage getroffen wurden, beziehen. Stellt sich bei dem Rechtsstreit heraus, daß der Vertrag die Vereinbarungen nicht vollständig wiedergibt, daß vielmehr vor oder bei der gerichtlichen bezw. notariellen Beurkundung zusätzliche oder abweichende Bestimmungen formlos getroffen wurden, so muß die Klage auf Auflassung abgewiesen werden, weil der ganze Vertrag wegen Formmangels nichtig ist.

Macht dagegen der Beklagte geltend, solche mündliche oder privatschriftliche Vereinbarungen seien nach der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung getroffen worden, so können diese Vereinbarungen nicht berücksichtigt werden, weil sie wegen Formmangels nichtig sind und den formellen Vertrag nicht abändern können. Vollzieht sich die Auflassung durch freiwillige Erklärung beider Teile, so wird, wenn die Eintragung hinzutritt, alles das gültiger Vertragsinhalt, was die Parteien zur Zeit der Auflassung als solchen übereinstimmend angesehen wissen wollen. Formungültige Vereinbarungen erhalten dadurch Gültigkeit, daß die Parteien den wichtigeren dinglichen Vertrag freiwillig in der gesetzlichen Form schließen. Denn darin ist eine in strengster Form geäußerte Willensentschließung zu finden, den obligatorischen Vertrag in dem Inhalt, den er zur Zeit der Auflassung hat, zur Ausführung zu bringen. Dem richterlichen Zwang kann aber in dieser Richtung nicht ganz die gleiche Wirkung beigelegt werden wie dem freien Entschluß der Parteien. Denn entweder ist der ganze Vertrag wegen Formmangels nichtig. In diesem Fall wäre die Klage abzuweisen. Oder der Vertrag ist zwar gültig, aber die nachträglichen formlosen Vereinbarungen sind nichtig. Bestand bezüglich derselben zur Zeit

der Verurteilung zur Auflassung noch Willensübereinstimmung, so bezieht sich die heilende Wirkung der Auflassung und Eintragung auch auf diese. Lag aber bezüglich dieser nachträglichen formlosen Verabredungen — und das wird die Regel sein — zu der Zeit, als der Kläger unter Vorlegung des rechtskräftigen Erkenntnisses seine Erklärung vor der zuständigen Auflassungsstelle abgab und seine Eintragung herbeiführte, keine Willensübereinstimmung vor, so wird die richterlich ergänzte Auflassungserklärung lediglich den Inhalt des gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrages decken.

Da die Auflassung sich erst in dem Augenblicke vollzieht, in welchem der Kläger unter Vorlegung des rechtskräftigen, den Beklagten verurteilenden Erkenntnisses die Auflassungserklärung abgibt, so ist die Möglichkeit gegeben, daß nach Erlassung des Urteils vor oder nach Rechtskraft desselben formwidrige Vereinbarungen getroffen werden. Auch diese werden selbstverständlich von der heilenden Wirkung der Auflassung und Eintragung betroffen.

V. Abschnitt.

§ 12.

Die Heilung betrifft lediglich die Nichtigkeit, welche auf Verletzung der Form des § 313 beruht.

Die nachträglich eintretende Heilung bezieht sich nur auf die Form, nicht auch auf sonstige die Wirksamkeit des obligatorischen Vertrags beeinträchtigende Mängel. Dies ergibt sich ohne weiteres aus dem Zweck des Satzes 2 des § 313 BGB. Es wird also nicht ohne weiteres auch der kraft Gesetzes nichtige **Inhalt** des Vertrages geheilt. Auch kann man nicht allgemein behaupten, daß durch das Erfüllungsgeschäft eine etwa vorhandene Anfechtbarkeit des Kausalgeschäftes ausgeschlossen werde. Es müssen hier die einzelnen Fälle unterschieden werden:

1. Ist der Kaufvertrag deshalb nichtig, weil er gegen die guten Sitten verstößt, so wird der in Erfüllung des obligatorischen Vertrags geschlossene dingliche Vertrag ebenfalls gegen die guten Sitten verstoßen und deshalb nichtig sein.[1]) Ist dagegen der obligatorische Vertrag nur zum Schein ge-

---

[1]) Diese Frage ist äußerst bestritten. Für die hier vertretene Ansicht Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 3 § 64 IV; a. M. RG. Bd. 57 S. 95: Enneccerus-Lehmann, Bürgerl. R. Bd. 1 § 98 Nr. 2 u. § 158 Nr. 4; Planck Nr. 1 zu § 138; Eccius, DJZ. 1903 S. 41; RG. Bd. 63 S. 182; Förster im Recht 1905 S. 356; vgl. auch Landgerichtsrat Philipp in Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern 1905 S. 382.

schlossen, so kommt es darauf an, ob auch die Auflassung lediglich ein Scheingeschäft ist. Ist dies aber nicht der Fall, so ist nicht bloß der dingliche, sondern auch der obligatorische Vertrag gültig, und zwar wird beim formlosen obligatorischen Vertrag nicht bloß der Formmangel geheilt (§ 313 Satz 2), sondern er wird auch materiell gültig. Denn in diesem Fall ist in der Auflassung eine Bestätigung des nichtigen obligatorischen Vertrages zu erblicken (§ 141 BGB.).

2. Ist der formlose, aber durch Auflassung und Eintragung nachträglich gültig gewordene obligatorische Vertrag infolge Irrtums anfechtbar, so ist die Auflassung ebenfalls anfechtbar, wenn auch bei ihr der Irrtum obwaltete. Bestand dagegen bei der Auflassung der Irrtum nicht mehr, war z. B. der Veräußerer jetzt über die wahre Sachlage aufgeklärt und veräußerte er dennoch, so bestätigte er damit das anfechtbare Rechtsgeschäft. Es ist also nicht bloß der Auflassungsvertrag, sondern auch der formlose obligatorische Vertrag vollgültig und unanfechtbar.

3. Ist der formlose obligatorische Vertrag durch widerrechtliche Drohung herbeigeführt, so ist die Auflassung selbstverständlich dann anfechtbar, wenn auch diese unter dem Einfluß des Zwangs erklärt wurde. Erfolgte dagegen die Auflassung nach Aufhören der Zwangslage, so ist nicht bloß der dingliche Vertrag rechtsbeständig, sondern es wird wie im vorigen Fall der Formmangel des obligatorischen Vertrages geheilt und seine Anfechtbarkeit nach § 144 BGB. ausgeschlossen.

4. Ist der obligatorische Vertrag durch Betrug verursacht und aus diesem Grunde angefochten, so ist die Auflassung jedenfalls dann rechtsbeständig, wenn der Betrogene vor ihrer Vornahme die Täuschung erkannte und dennoch beim Ge-

schäfte stehen blieb. Dann ist nämlich der obligatorische Kaufvertrag gültig, weil der Formmangel geheilt und das anfechtbare Rechtsgeschäft bestätigt wird und selbstverständlich auch der dingliche Vertrag, weil bei dessen Abschluß ein Betrug nicht begangen wurde.

Dagegen ist die Auflassung zweifellos dann anfechtbar, wenn beim Abschluß des dinglichen Vertrags eine neue Betrugshandlung begangen wurde. Liegt aber ein neuer Betrug bei Abschluß des dinglichen Vertrages nicht vor, so besteht eine Streitfrage darüber, ob der bei Abschluß des obligatorischen Vertrags vorgekommene Betrug zur Anfechtung der Auflassung ausreicht. Die einen Schriftsteller[1]) lassen in diesem Fall eine Anfechtung der Auflassung nicht zu und stützen sich darauf, daß der Veräußerer die Auflassung infolge der Absicht der Erfüllung des Kausalgeschäftes vollziehe und nicht durch den Betrug veranlaßt.

Dernburg[2]) bekämpft diese Ansicht, indem er ausführt: „Wenn auch unleugbar der dingliche Vertrag in erster Linie durch das betrügerische Erwerbsgeschäft (Kausalgeschäft) hervorgerufen ist, so ist er doch in zweiter Linie durch den Betrug veranlaßt, welcher schließlich auf das dingliche Geschäft abzielte.“ Diese Ansicht Dernburgs ist zweifellos richtig. Denn wenn z. B. der Verkäufer durch arglistige Täuschung zum Abschluß des Kausalgeschäftes bestimmt wurde und dieser Betrug auch bei Abschluß des dinglichen Vertrags noch fortwirkte, so ist die Auflassung zweifellos anfechtbar.[3]) Denn der Verkäufer stand noch beim Abschluß

---

[1]) vgl. die oben auf S. 83 angeführte Literatur.

[2]) Dernburg, Bürgerl. R. III § 64 IV.

[3]) LG. Karlsruhe vom 23. 1. 1902, Bad. Rechtspraxis 1902 S. 91.

des dinglichen Vertrags unter dem Einfluß des Betrugs. Nur dann wäre der dingliche Vertrag nicht anfechtbar, wenn bei dessen Abschluß der Willensmangel, unter dessen Einfluß der obligatorische Vertrag zustande kam, nicht mehr vorlag. Denn in diesem Fall läge in der Auflassung eine Bestätigung des anfechtbaren Kausalgeschäfts.

Dagegen bleibt der dingliche Vertrag bestehen, wenn die Eigentumsübertragung nur in obligatorischer Weise angefochten wird, z. B. auf Grund der Konkursordnung oder des Anfechtungsgesetzes.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.